

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**JULIO CESAR FRANCO**

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: A  
PROBLEMÁTICA DA ARBITRÁRIA SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE NA  
ATIVIDADE JURISDICIONAL E O PAPEL DOS ATORES PROCESSUAIS**

Pouso Alegre - MG  
2020

JULIO CESAR FRANCO

**HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: A PROBLEMÁTICA  
DA ARBITRÁRIA SUBJETIVIDADE DO INTÉRPRETE NA ATIVIDADE  
JURISDICIONAL E O PAPEL DOS ATORES PROCESSUAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção de Grau de Mestre em Direito na Área de Concentração em Constitucionalismo e Democracia, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

FDSM - MG  
2020

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me conceder sua centelha divina, por possibilitar a realização deste sonho, por ter iluminado o meu caminho, e por permitir que em toda minha vida eu estivesse no lugar e no momento certo, ao lado de pessoas especiais e poder abraçar a vida e todas as suas oportunidades.

Agradeço aos meus pais Élio Borges Franco (*in memoriam*) e Darcy Nogueira Franco, pois sempre estiveram ao meu lado nas horas mais difíceis e felizes da minha vida, por serem alicerces na condução de minha educação fundamental para a vida e por todo o aporte e amor que me deram para que eu pudesse tornar-me uma pessoa de caráter.

A minha amada esposa Thayze, o meu agradecimento especial, pelo carinho, companheirismo e por respeitar o meu silêncio quando necessário e pela compreensão nos momentos de ausência, pois soube dizer as palavras certas nos momentos inquietantes e por todo o apoio, incentivos e confiança. Amo-te cada dia mais e o seu amor é essencial para o meu crescimento. Agradeço a Deus imensamente por cada momento compartilhado contigo.

Ao meu querido filho Caio, que mesmo longe fisicamente, sempre esteve tão presente, me apoiando, e por seu amor, que além de me aparaar com a sua meiguice e sabedoria, concedeu-me a capacidade de ser resiliente.

No transcorrer desta pesquisa contei com diversos apoios de pessoas desta instituição, que de múltiplas formas, imiscuindo-se na trajetória dos acontecimentos, outorgaram um caráter coletivo a esta dissertação. O meu agradecimento a Faculdade de Direito do Sul de Minas, por permitir consolidar mais esta etapa em minha vida.

Aos meus professores, por contribuírem não apenas para o meu crescimento profissional, como também à condução ao mundo maravilhoso das descobertas, ampliando, por consequência, o meu universo pessoal e profissional. Obrigado pelos ensinamentos que foram além do âmbito acadêmico.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, pela liberdade, pelo apoio e pela melhor orientação possível ao encontro da pesquisa e ao desenvolvimento deste trabalho, exercendo-a com grande maestria, fortuitamente por meio de críticas construtivas ou por elogios, e da mesma forma, externando seu ilustre e humilde profissionalismo. Adjetivos de um exímio ser humano.

Aos discentes do curso, que com o passar do tempo nos tornamos amigos, compartilhando as mesmas perspectivas. Gostaria de ressaltar que foram momentos indescritíveis de o crescimento e convivência durante o período.

*“Eu sempre quis saber quem eu era e perguntei para todos da área jurídica, médica, mas ninguém soube me dizer. Então eu perguntei a Deus e finalmente consegui perceber que eu só sei que eu não sei quem eu sou. Postado a pedido do autor.”*

**Antônio Timóteo da Silva**

## RESUMO

FRANCO, Julio Cesar. *Hermenêutica Filosófica e Interpretação Jurídica: A Problemática da Arbitrária Subjetividade do Intérprete na Atividade Jurisdicional e o Papel dos Atores Processuais*. 94f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2020.

Esta dissertação pretende discutir a relação entre hermenêutica filosófica e interpretação jurídica, estabelecendo uma reflexão crítica sobre o problema da subjetividade ou arbítrio na interpretação da norma jurídica e a consequente construção do sentido do direito. A prática interpretativa do direito, hoje, encontra-se sustentada em um modo desproporcional de utilização de princípios constitucionais. Como se as decisões judiciais pudessem, na falta de critérios positivistas, inventar princípios *ad hoc* para caso concreto. Em face dessa problemática, esta pesquisa propõe, como hipótese, uma maior coparticipação dos sujeitos intérpretes na relação jurídico-processual. Transformar o problema da subjetividade da interpretação em uma relação intersubjetiva de diálogo a respeito da interpretação adequada para o caso concreto. Para tanto, analisa-se os aportes teóricos da hermenêutica filosófica da tradição de Hans-George Gadamer, explicitando a importância da virada linguística para a cultura jurídica do mundo ocidental. Em seguida, sinaliza-se a contribuição desse referencial teórico na limitação da arbitrariedade e discricionariedade interpretativa. A hermenêutica filosófica permite deslocar o problema da subjetividade da interpretação jurídica para a dimensão da intersubjetividade do círculo hermenêutico, no qual a decisão jurídica pode encontrar seu horizonte autêntico e legítimo de fundamentação para uma prática jurídica comprometida com os princípios do constitucionalismo e os valores da democracia.

**Palavras-chave:** hermenêutica filosófica; interpretação jurídica; subjetividade; constitucionalismo; democracia.

## ABSTRACT

FRANCO, Julio Cesar. *Philosophical Hermeneutics and Judicial Interpretation: the Problematics of the Interpreter's Arbitrary Subjectivity in the Jurisdictional Activity and the Role of the Procedural Actor*. 94p. Masters dissertation – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2020.

The thesis aims to discuss the relation between philosophical hermeneutics and judicial interpretation, establishing critical thinking regarding the problem of subjectivity or will in the interpretation of the judicial norm and the consequent construction of the Laws' meaning. The interpretative exercise of Laws, nowadays is held in a disproportional way of utilization of constitutional principles. As if the judicial decisions could, in the lack of positivist criteria, create ad hoc principles to the concrete case. In the face of this problematics, the present thesis proposes, as a hypothesis, a larger co-participation of the interpreter subjects in an intersubjective relation of communication regarding the adequate interpretation to the concrete case. Therefore, we analyze philosophical hermeneutics' theoretical contribution in the tradition of Hans-George-Gadamer, making explicit the linguistic turn to the judicial culture in the Western world. Henceforth, we signalize the contribution of such theoretical referential to the limitation of arbitrariness and interpretative discretion. The philosophical hermeneutics allows us to move the problem of subjectivity from the judicial interpretation towards the dimensions of intersubjectivity of the hermeneutic circle, in which the judicial decision may find its authentic and lawful horizon of fundamentation to a judicial exercise compromised to the constitutionalism principles and to the virtues of democracy.

Keywords: philosophical hermeneutics; judicial interpretation; *subjectivity*; constitutionalism; democracy.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. INTERPRETAÇÃO E A VIRADA LINGUÍSTICA DO SÉCULO XX.....</b>	<b>22</b>
<b>2. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A TOMADA DA RACIONALIZAÇÃO E A NECESSIDADE ARGUMENTATIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS ..</b>	<b>44</b>
<b>.....</b>	<b>44</b>
<b>2.1. REFLEXÕES SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL .....</b>	<b>52</b>
<b>3. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A INTERSUBJETIVIDADE SOBREPOSTAS PELA UTILIZAÇÃO DISCRICIONÁRIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL</b>	<b>64</b>
<b>.....</b>	<b>64</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>90</b>

## INTRODUÇÃO

Além de ser reconhecidamente considerado como uma ciência dinâmica e definido como um dos ramos mais importantes das Ciências Sociais, o Direito necessita, dentre os seus mais variados objetivos, utilizar-se de aprofundados estudos na busca de um adequado entendimento à melhor disciplina e pacificação entre os indivíduos, as quais se manifestam, especificamente, por meio da imputação de regulamentadoras regras sociais.

Em razão dessa disciplina sobre a conduta humana, ao indivíduo que está envolvido intrinsecamente com a Ciência do Direito e a desenvolve dentro do seu universo jurídico, seja desempenhando entendimentos no meio acadêmico, por meio de estudos e pesquisas, ou no campo prático, por meio das hercúleas lides forenses, possui dentro de suas próprias atribuições, a necessidade de compreender e interpretar o sentido e o alcance das expressões e sentidos trazidos por essas regras normativas inseridas na legislação em concreto.

Essas, por consequência da evolução natural da sociedade, são carecedoras de constantes adaptações, razão pela qual e tendo em vista a atividade construtiva e analítica que nos levam ao entendimento mais adequado de seus textos e sentidos, incansáveis esforços científicos devem ser empregados ao aprimoramento da Teoria do Direito e de seus fundamentos como a hermenêutica jurídica e a ciência interpretativa, as quais se tornaram indispensáveis ao encontro do melhor sentido do direito e obrigam o exercício do pensamento do sujeito intérprete.

Ao demonstrar a importância da Ciência Jurídica como "orientadora acadêmica, proporcionando um discurso com um nível teórico-científico, que compense a cegueira do mero utilitarismo e evite a unidimensionalização pragmaticista do saber jurídico" sobre as complexas relações sociais, Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 17) a define como "uma disciplina cada vez mais considerada como uma disciplina estruturalmente formativa para todos aqueles que desejam aprender os fundamentos básicos da organização da "cidade".

Tércio Sampaio Ferraz Junior (1986), defende que as discussões que se desenvolvem em torno da Ciência Jurídica não designam um tipo específico de conhecimento e tampouco um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento.

Referida importância à Ciência Jurídica é justificada, haja vista que vivemos atualmente sob um movimento social, onde há um crescente número de informações descontroladamente obtidas por dados maciçamente disponíveis, principalmente pelo uso desmedido da internet e das redes sociais. Em razão disso, Byung-Chul Han, em seu livro *Agonia do Eros* (2017, p. 88), provoca uma reflexão quando aborda um contraponto entre a necessidade da Ciência e as informações obtidas nos dias atuais. Segundo o escritor sul-coreano, "a ciência positiva movida por dados, não produz nenhum conhecimento ou verdade. A massa de dados e de informações, que hoje cresce de forma desmedida, desvia imensamente a ciência da teoria, do pensamento".

Porém, com base nesses ensinamentos e em decorrência da extensão dos ramos existentes na Ciência Jurídica, torna-se adequada a especificidade sobre os estudos de seus variados assuntos e matérias, haja vista a necessidade de uma melhor compreensão sobre os pressupostos e fundamentos existentes em inúmeros de seus institutos desenvolvidos, o que fatalmente nos levará a questões ainda mais complexas e de grandes exercícios, porém compensadores.

Com a finalidade em concentrarmos a presente pesquisa a um melhor entendimento sobre a ciência da interpretação jurídica, torna-se importante trazer, inicialmente, e com base nos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2018, p.210), o significado de regras sociais e os seus aspectos, vejamos:

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos jurídicos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto *onomasiológico*<sup>1</sup> da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*<sup>2</sup>, isto é, sua significação normativa.

Objetivando tornar ainda mais esclarecedor o sentido e o conteúdo significativo dessas normas jurídicas, referido autor acrescenta ser necessário que "a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica" (2018).

---

<sup>1</sup> Uso do contexto da ideia para chegar-se à palavra, do conhecimento abstrato ou concreto da realidade. Parte do contexto que dá ideia ao signo.

<sup>2</sup> Aquilo que é referente à semasiologia, ou seja, de caráter semântico (estudo do significado, das palavras e seus significados). Incide sobre a relação entre significantes, tais como palavras, frases, sinais e símbolos, e o que eles representam, a sua denotação.

Referida tarefa dogmática interpretativa nos remete a uma compreensão de que a epistemologia<sup>3</sup> sobre a hermenêutica jurídica possui como fundamentos básicos, a hermenêutica filosófica, a ciência interpretativa, bem como a análise contextual sobre a sistematização dos processos interpretativos a ela aplicáveis no ordenamento jurídico, os quais estão umbilicalmente relacionados com a interpretação exercida e os sentidos extraídos dos ordenamentos jurídicos, justificando a imprescindibilidade ao seu constante aprimoramento.

O direito necessariamente se transforma com o tempo e para determinar o melhor sentido e alcance das expressões contidas nas regras jurídicas, a teoria da interpretação, da mesma forma, carece de variações e consequentes aperfeiçoamentos, portanto, a fim de que ocorram as mais adequadas adaptações, haja vista que, além de importante ferramenta garantidora ante a opressão do Estado enquanto administração pública, esses sentidos extraídos sobre o conjunto de regras e princípios fundamentais, devem alcançar e produzir o melhor padrão possível de disciplina e harmonia sobre o complexo e divergente corpo social.

Desse modo, com base no que exposto e de acordo com o que ensina José Joaquim Gomes Canotilho (2002), a fim de "formar críticos e consciências pensantes e não meros oficiais de diligências jurídicas", ao operador do Direito, por meio de um exercício de compreensão, é conferida a atribuição de extrair, interpretar o sentido e a determinação das normas jurídicas, o correto entendimento dos significados nos seus textos e intenções. Nessa mesma linha de argumentação, o modelo de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (2018, p. 1), renomado hermeneuta da época getulista, nos apresenta a seguinte afirmação:

É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

---

<sup>3</sup> A epistemologia teve origem no Século XIX e é definida como o ramo da filosofia que esse ocupa do estudo da natureza do conhecimento, da justificação e da racionalidade da crença, ou seja, de toda a Teoria do Conhecimento. O cerne da epistemologia trata de áreas fundamentais como a análise filosófica da natureza do conhecimento e como ele se relaciona com a verdade, com a crença e justificação. "Saber que", "saber como" e "conhecimento por familiaridade" são pontos da natureza do conhecimento que ocupam a mente dos filósofos. A diferença se dá na forma de uma distinção entre conhecimento teórico e conhecimento prático. Esta questão traz a tona discussões tradicionais da filosofia, como o *cogito ergo Sun* - penso logo existo de René Descartes (1596-1650), mas também modernas em filosofia da linguagem. <https://www.infoescola.com/filosofia/epistemologia/> (acesso em 08/02/2020).

Por isso, constituindo-se de modo pluridisciplinar, a temática da presente dissertação está baseada em análises e discussões sobre importantes teorias científicas interpretativas relacionadas a questões filosóficas, jurídicas e sociológicas, bem como relacionada intrinsecamente com matrizes de pensamentos filosóficos correlacionados à hermenêutica filosófica e aos meios de interpretação jurídica, de modo a proporcionar perspectivas sobre os melhores caminhos, técnicas e reflexões a serem aplicadas sobre os sentidos existentes nesse conjunto de regras normativas que compõem o universo jurídico e que regulamenta as relações sociais.

Diante de referida finalidade e para uma leitura do ordenamento jurídico geral de maneira adequada, investiga-se, de modo propedêutico e sem a pretensão de esgotar o assunto, e da mesma forma, propõe-se, analisar sob a perspectiva da Hermenêutica Filosófica da tradição de Martin Heidegger e tendo em vista os conceitos de horizontes de Hans-Georg Gadamer, a problemática da arbitrária subjetividade do intérprete na atividade jurisdicional e sua relação com a cultura jurídica contemporânea de valorização dos princípios constitucionais nas suas fundamentações, apontando o papel dos atores processuais como limitador da discricionariedade do julgador e objetivando a construção de decisões judiciais mais legítimas.

Assim, constituindo-se este trabalho numa pequena contribuição para a teoria da interpretação jurídica, a qual se apresenta como um importante instituto dentro da Ciência Jurídica e da Teoria do Direito, e que é tradicionalmente pesquisada, em sua maior parte, para a análise dos métodos interpretativos praticados pelo sujeito enquanto intérprete da norma do direito, bem como utilizando-se de pensamentos teóricos por décadas estudados, faz resplandecer a importância em ajustá-la e convergi-la ao surgimento de perspectivas pluralistas, modificadoras e construtoras de novos sentidos jurídicos, os quais, além de representados contemporaneamente por um horizonte interpretativo especial e conduzidos pela valorização dos princípios constitucionais nas fundamentações das decisões judiciais, os tornariam mais legítimos sob uma participação mais ativa dos atores processuais na construção dessas decisões.

Justifica-se, portanto, no sentido de que estabelecer uma reflexão crítica ao problema da subjetividade arbitrária e discricionária sobre a interpretação jurídica na atividade jurisdicional dentro do atual período neoconstitucionalista, e suas consequências diante da nova compreensão norteadora trazida pelo Código de

Processo Civil, pautada em uma atitude mais cooperativa com os atores processuais e a pluralidade de pensamentos apresentados pela complexa sociedade em que vivemos, sobre a qual se aposta, além de impor uma limitação e controle sobre a arbitrariedade e enquadramento da atividade jurisdicional aos ditames do Estado Democrático de Direito, reverbera a importância do desenvolvimento de uma pesquisa e estudo sobre o impacto resultante do que acontece na realidade com a dinâmica interpretativa e a produção de sentido no direito contemporâneo, uma vez que se torna indispensável ao jurista a busca de regulação de certas situações jurídico-processuais, bem como apontamentos e informações consideradas satisfatórias ao entendimento sobre o melhor convívio social.

Diante da epistemologia inserida na ciência interpretativa do direito, sobre a qual se denota que o único objeto da interpretação se concentrava apenas na dimensão sintática do texto legal em épocas de um positivismo exegético, conforme baseado na lição de Lenio Luiz Streck (2017, p. 11):

Os sofistas, que podem ser considerados os primeiros positivistas, defendiam o convencionalismo, isto é, que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. O discurso passava a depender de argumentos persuasivos (retórica e argumentação). Os sofistas provocaram, assim, no contexto da Grécia antiga, um rompimento paradigmático.

Contudo, além do que colecionado em fatos históricos atribuídos ao estudo do Direito, conclui-se que havia uma preocupação estritamente voltada ao texto da lei, caracterizando um positivismo hermenêutico bastante restrito, demonstrando que a questão técnica da interpretação se reduzia em determinar o sentido textual disposto na lei, sob pena de violar a própria concepção do iluminismo jusfilosófico<sup>4</sup>.

Portanto, ir além dessa restrição ou do que estampado na letra da lei era caracterizado também como um problema político e filosófico, pois a proibição de interpretar não era uma supressão, mas um limite, já que a questão técnica da interpretação, preocupada em determinar o sentido textual da lei, utilizava-se apenas da interpretação gramatical, da interpretação lógica, da sistemática e da histórica<sup>5</sup>, as quais controlavam metodologicamente a subjetividade do intérprete.

Este exercício interpretativo, buscando especialmente a superação do positivismo exegético, se portou como uma reação ao fato de não se sustentar mais

---

<sup>4</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 39.

<sup>5</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 68.

apenas na aplicação literal do texto legal. Razão pela qual, foram obtidas as primeiras modificações nesse cenário entre o final do século XIX e a partir do início do século XX, com a virada ontológica-linguística desenvolvida principalmente por Rudolf Carnap, Ludwig Wittgenstein, com o neopositivismo lógico, surgido no Círculo de Viena e principalmente com Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Assim sendo e para que não haja um retrocesso centenário nas técnicas interpretativas sobre as normas jurídicas, desenvolver uma reflexão crítica sobre o debate teórico existente a respeito de uma questão fundamental dentro da Teoria do Direito, que é o compromisso da análise da interpretação jurídica e a produção de sentido de suas regras normativas, considerando a perspectiva da hermenêutica filosófica da tradição apresentada por Heidegger e Gadamer, bem como a problemática da ausência de intersubjetividade da interpretação jurídica na contemporaneidade, nos traz o entendimento sobre qual o modelo de interpretação jurídica está comprometido adequadamente com a valorização dos princípios constitucionais e na realização prática do direito na atualidade, a fim de que sejam construídas decisões judiciais mais legítimas.

Entende-se que perante a sociedade em sua plenitude, a semântica da lei denota um sentido de impor regras, condutas e regulamentações sobre as relações entre os cidadãos, e para se alcançar a Justiça, a sociedade como um todo depende da compreensão da lei, da norma jurídica e dos seus sentidos. Cabe, portanto, à Ciência da Interpretação e ao Direito, além do estudo e um melhor entendimento sobre decisões judiciais mais legítimas, analisar as condutas entre os sujeitos intérpretes e sobre as regras que imputam proibições, obrigações ou permissões.

A fim de valorizar a fundamental participação da Teoria da Interpretação na Teoria do Direito e na sociedade, vale a pena refletirmos sobre o entendimento exposto por Antônio Manuel Hespanha:

A teoria da interpretação é, no seu núcleo duro, velha de duzentos anos. Entretanto, muitas coisas mudaram, quer na teoria da linguagem e do texto, de onde a teoria da interpretação evidentemente arranca; quer na teoria do direito; e, além disso, no próprio contexto civilizacional que cerca tanto o direito como a comunicação<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. Ideias sobre a interpretação. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Cidade do México. p. 15-40, s.d. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/4.pdf>.

Em razão desse paradigma teórico criado e desenvolvido originariamente para a interpretação jurídica focada tradicionalmente no sujeito intérprete em boa parte do século XX, nos deparamos atualmente neste período neoconstitucionalista com o problema da ausência intersubjetividade sobre a interpretação jurídica na atividade jurisdicional, a qual demonstra ser capaz de reverberar novas perspectivas, novas teorias e novos paradigmas em face das recentes consequências sobre sua relação com a nova compreensão das regras processuais inseridas no atual Código de Processo Civil brasileiro.

Para reforçar referido posicionamento, trazemos o entendimento de Lenio Streck (2018, p. 25), "vivemos hoje no paradigma da intersubjetividade. Logo, não há lugar nem para o "dono da lei", nem para o "escravo da lei". Democracia não se coaduna com discricionarismo e com subjetivismo".

Assim, tendo em vista a função da regra normativa imputada no direito em ser a responsável por regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições da vida social, denota-se forçoso repetir, portanto, a indispensabilidade na compreensão interpretativa das normas por parte do operador do direito, sobretudo, colocando em prática a discussão da importância na construção de novos referentes interpretativos sobre as normas de um modo geral, capaz de manter estabelecido o compromisso com a coerência e com a garantia de uma unidade convergente do direito.

Há tempos se tem o entendimento de que a produção do sentido do direito, extraído da interpretação jurídica pelo sujeito intérprete, seria um método para a descoberta da norma contida no texto ou, melhor dizendo, para a descoberta do real sentido da lei, sendo um postulado quase universal da Ciência Jurídica, a tese de que não há norma sem interpretação, ou seja, toda norma é, pelo simples fato de ser posta, passível de interpretação.

Contudo, muitas são as subjetividades nas interpretações jurídicas, frutos da educação, da experiência e da necessidade de cada indivíduo intérprete. Por isso e principalmente ao combate do perigo apresentado pelas práticas discricionárias, autoritárias e abusivas na atividade jurisdicional, sobretudo em face da indispensável resolução dos conflitos de interesses entre os indivíduos, função atribuída pelo Estado Democrático de Direito aos sujeitos julgadores, devemos buscar a construção de um sentido no direito que traga uma justiça comum e mais legítima.

Assim, buscando o conhecimento sobre as perspectivas interpretativas realizadas por novos representantes do saber jurídico, bem como estabelecendo uma reflexão crítica sobre o problema da ausência de intersubjetividade na atividade jurisdicional, nos é permitido o intercâmbio de conceitos, disciplinas, ideias e teorias que acabam por exercer influência nas futuras regulamentações legais e nas relações interpessoais. Isso tudo, sem deixar de lado, a finalidade democrática em auxiliar na organização e regulação de uma sociedade contemporânea com mais qualidade de vida e bem estar entre as pessoas.

A autonomia da validade das normas do direito, em relação aos atores sociais que as interpretam e as aplicam no caso concreto, deve sempre ser considerada como um princípio estrutural da epistemologia do direito e objeto de pesquisa pelos seus operadores. Desse modo, utilizando-se do meio científico e propondo uma análise prioritária sobre teorias, conceitos específicos e argumentos interpretativos imputados sobre as regras jurídicas, haja vista sua indispensável ocupação nos espaços de produção e construção do sentido do direito, à sociedade e à comunidade jurídica são fornecidas uma amplitude interpretativa fundamentadas nas garantias e nas legitimidades constitucionalmente previstas.

Por todo o exposto, a questão central da presente dissertação estabelece como problema de pesquisa, analisar a perspectiva da hermenêutica filosófica da tradição de Heidegger e Gadamer, a problemática da arbitrária subjetividade do intérprete na atividade jurisdicional e sua relação com a cultura jurídica contemporânea de valorização dos princípios constitucionais, bem como a participação cooperativa dos atores processuais para a construção de decisões judiciais mais legítimas.

Pretende-se, portanto, como objetivo geral, discutir a relação entre a hermenêutica filosófica e a interpretação jurídica, estabelecendo uma reflexão crítica sobre o problema da subjetividade na interpretação da norma jurídica e a conseqüente construção do sentido do direito, sustentada por um modo desarrazoado de utilização dos princípios constitucionais na fundamentação das decisões judiciais, bem como apontando as contribuições resultantes, em face dos impactos decorrentes de uma maior coparticipação dos sujeitos intérpretes na relação jurídico-processual.

Para alcançar o referido objetivo, utilizou-se de objetivos específicos que terão como premissa a análise sobre algumas concepções teóricas e conceituais,

que se tornaram matrizes da hermenêutica filosófica e da interpretação jurídica, explicitando a importância da virada linguística para a cultura jurídica do mundo ocidental, apontando-as como contribuidoras teóricas no sentido de impor limitações à arbitrariedade e à discricionariedade na interpretação praticadas na atividade jurisdicional.

Estabelece-se, com isso, reflexões críticas sobre os métodos contemporaneamente desempenhados de interpretação das normas jurídicas e sobre a fundamentação das decisões judiciais calcadas na utilização despropositada de princípios constitucionais, bem como para uma maior valorização da participação ativa dos atores processuais na relação jurídico-processual, objetivando a eliminação da discricionariedade judicial e proporcionando uma melhor construção intersubjetiva sobre o ordenamento jurídico, o que proporcionaria decisões jurídicas mais legítimas.

Portanto, em busca do que acima exposto e divergente do que vem sendo aplicado de uma maneira discricionária ou tomado pela emoção, entende-se que não é em decisões baseadas em fundamentações arbitrárias ou convergentes e com referenciais interpretativos articulados em argumentações constitucionais-principiológicas, cuja finalidade é atender aos interesses de poder político ou econômico que envolve o sistema jurídico, onde será extraído o melhor sentido do direito, haja vista os atuais sinais transmitidos por inúmeras incertezas advindas sob o formato de decisões judiciais proferidas pelos nossos Tribunais.

Ao fundamentar suas decisões, o intérprete julgador aplica princípios dotados de certa força normativa, os quais estabelecem regras que os transformam em elementos de fechamento hermenêutico. Razão pela qual, caracteriza-se como uma das tarefas primordiais da Teoria do Direito, a construção de condições para diminuir ou eliminar esses espaços facilitadores à discricionariedade judicial, pois entende-se que, subjetivismos isolados é sinal de menor legitimidade e mínima representatividade.

Nessa perspectiva, vejamos o que Edson Vieira da Silva Filho e Elias Kallás Filho (2017, p. 89), nos apresenta sobre a aplicação de princípios de modo contrário à racionalidade:

A má interpretação do conceito e da função dos princípios produz um arsenal de reforço às teorias da argumentação quando encontramos propostas de ponderação ou de estabelecimento de regras (ou métodos), destinadas a hierarquizar ou dar pesos distintos a princípios, ou ainda usar

de princípios como bases de argumentação que divagam sobre a preponderância de um determinado princípio sobre o outro em casos concretos.

Assim, a pesquisa pode reverberar, mas não definir de modo categórico que a interpretação jurídica, a qual atravessa um período de transição paradigmática, inicie ou tampouco se vincule a outro paradigma, desta feita, sob a perspectiva dos diversos contextos contributivos da hermenêutica filosófica e do problema da ausência de intersubjetividade, mesmo que o direito já venha apresentando reflexos decorrentes do ativismo judicial ou pluralismo jurídico, os quais apresentam uma plurirreferencialidade articulada nas decisões judiciais de um modo contingente, e com a finalidade de atender aos interesses das estruturas ideológicas e de poder que envolvem o sistema jurídico, as quais são fundamentadas em princípios constitucionais de modo alargado, o que retira o sentido interpretativo-aplicativo do direito.

Sobre esse tema é interessante ressaltar o entendimento de que a cada transformação paradigmática, alteram-se os referentes interpretativos do Direito, ou seja, novos referentes interpretativos são incorporados, em superação a crise de racionalidade, permitindo a utilização de referências de sentido de outros sistemas simbólicos, também indeterminados. (SIMIONI, 2018).

Para atender o objetivo proposto e estabelecer uma reflexão crítica sobre a adoção em maior escala da hermenêutica filosófica na limitação do problema provocado pela subjetividade arbitrária na interpretação jurídica dentro do neoconstitucionalismo e seus impactos na nova compreensão da relação jurídico-processual no Brasil, o presente trabalho abordou uma pesquisa de caráter descritiva, a qual se deu a partir da leitura e coleta de informações sobre fontes secundárias, tais como livros, periódicos e artigos científicos, e nesse sentido, obteve-se a apresentação de resultados na forma qualitativa.

Diante de todo o contextualizado, vislumbrou-se que o presente trabalho não se encerra em si mesmo, o que abre espaço para novas pesquisas e discussões, haja vista a relevância que o tema possui e o seu impacto jurídico-social dentro da Teoria do Direito e da comunidade jurídica na perspectiva em se extrair um legítimo sentido das normas jurídicas. Fato é que a Constituição efetivamente não tem constituído e a questão da interpretação sob o novo modelo constitucional apresenta descontentamentos.

Assim, o presente estudo apresenta os resultados nesse trabalho dividido em 3 capítulos, que se iniciam com esta introdução ao tema, ao problema de pesquisa e aos objetivos em que o mesmo se abriga para sua investigação e avaliação.

O primeiro capítulo apresenta um entrelaçamento entre questões filosóficas e jurídicas sobre algumas concepções principiológicas e conceituais, bem como algumas particularidades sobre a relação não linear, tampouco circular entre a hermenêutica filosófica, a virada linguística e a interpretação jurídica, a fim de esclarecer melhor qual a relevância de seu desenvolvimento na Teoria da Interpretação, a qual se mostraria metodologicamente pobre caso não houvesse uma exposição da hermenêutica filosófica tradicional apresentada por Heidegger e Gadamer.

O segundo capítulo traz algumas pesquisas realizadas em teorias, doutrinas e legislações, sobre as quais foram analisadas as contribuições teóricas da hermenêutica filosófica na perspectiva de criar limitações ao arbítrio, ao autoritarismo e a discricionariedade existente na atividade jurisdicional, bem como apontando críticas à noção de livre convencimento, demonstrando a indispensabilidade do desenvolvimento de uma discussão sobre a dogmática jurídica, sobre a fundamentação e pressupostos da Teoria do Direito, em face das necessidades impostas pela prática e pela vida no universo jurídico.

Levando em conta a transformação dos modelos teóricos e filosóficos em verdadeiras normas jurídicas, o terceiro capítulo contribui para uma reflexão crítica sobre uma maior aplicação da hermenêutica filosófica, a qual, construída nos últimos cem anos por importantes matrizes hermenêuticas, é sobreposta pela utilização em demasia de princípios constitucionais com o propósito de fundamentação da atividade jurisdicional, infelizmente caracterizados como métodos paradigmáticos, incontestáveis e irrefutáveis de interpretação sobre as normas do direito.

Por último, apontamos a contribuição da hermenêutica filosófica para uma interpretação adequada à Constituição e para a valorização da participação dos atores processuais na construção de decisões jurídicas mais legítimas, esvaziando ou minando a discricionariedade e a arbitrariedade na atividade jurisdicional em relação à validade do sentido do direito, bem como relativizando os problemas apresentados no caso em concreto, o qual é estampado pelo conflito de interesse apresentado em juízo pelas partes.

## 1. INTERPRETAÇÃO E A VIRADA LINGUÍSTICA DO SÉCULO XX

Conhecida como um paradigma epistemológico da filosofia da consciência, a teoria do conhecimento ou metafísica tem direta relação com as críticas surgidas na perspectiva da superação estabelecida entre o sujeito e o objeto do conhecimento.

Desenvolvida por séculos, a relação entre o sujeito e o objeto serviu de fundamento básico para a tese de que a metafísica ou teoria do conhecimento não passava de mera especulação subjetiva em afirmações baseadas no sentimento, poesia, teologia; em suma, sem nenhum conhecimento científico (Carnap, 1977).

Streck (2017, p. 85)<sup>7</sup>, apresenta resumidamente, para elucidar o entendimento e a compreensão do que exposto, que "pode-se dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam apenas nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência)".

Desse modo, tem-se que a concepção objetivista de mundo presente na metafísica é profundamente alterada pela filosofia da consciência e tal ruptura liberta a filosofia do fundamento sobre a essência do objeto, passando, na modernidade, para o ingresso do mundo prático, da epistemologia, pressupondo que, além da descoberta do elemento lógico-analítico, avançava-se a uma dimensão de caráter prático-pragmático.

Com isso, o conceito de interpretação sofreu alterações e a questão de ser só poderia ser entendida e formulada para além de toda a metafísica<sup>8</sup>. Razão pela qual, sua compreensão se dá a partir do mundo circundante e de sua vida cotidiana, articulando-se na forma linguística em que se movimenta<sup>9</sup>, idealizando a autotransparência da subjetividade.

---

<sup>7</sup> Tecer todos os pensadores e suas teorias envolvidos na evolução da filosofia da consciência (metafísica) até os dias atuais mostra-se desproporcional e fora do propósito da problemática apresentada para a pesquisa adotada ao presente trabalho.

<sup>8</sup> Referido pensamento é convergente ao do filósofo Rudolf Carnap (1891-1970). Autor de obras com um certo grau de complexidade e talvez por isso menos conhecido que Wittgenstein e Popper. OLIVEIRA, Manfredo A. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2015, pág. 72. "O moderno empirismo: Rudolf Carnap e o Círculo de Viena", in: *A filosofia contemporânea I*, São Paulo, 1977, p.274: "As correntes empiristas ocupam um lugar especial na filosofia contemporânea. O que se relaciona entre si não é um determinado conteúdo doutrinário, mas a recusa de todo e qualquer tipo de metafísica. Nesse contexto, a expressão 'metafísica' deve ser entendida num sentido muito amplo, significando não apenas uma doutrina dos objetos suprassensíveis, mas toda filosofia que pretenda, aprioristicamente, fazer afirmações sobre a realidade ou estabelecer normas. Se quiséssemos reduzir numa sentença a convicção fundamental dos empiristas, poderíamos dizer o seguinte: é impossível conhecer a constituição e as leis do mundo real por meio da pura reflexão e sem qualquer controle empírico (sem observação)...".

<sup>9</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009, pág. 75.

Com base nesse importante estudo do conceito comum sobre a essência das coisas ao caminho para a explicação do ser é aberta a dicotomia objetivismo-subjetivismo, e presente em teorias que buscavam explicitar o modo como conhecemos e compreendemos o mundo, essas repercutiram de diferentes formas.

Seguindo o pensamento de Martin Heidegger (2015, p. 205), cuja referência é condição imprescindível quando se fala em Hermenêutica Filosófica e interpretação, o compreender sempre alcança toda à constituição fundamental do ser-no-mundo.

Assim, a Hermenêutica, portanto, se apresenta como a compreensão da nossa própria condição enquanto ser(es) participantes do mundo, baseada num exercício filosófico onde se atribui o sentido que se quer. Esse sentido sobre o objeto, que pode ser articulado na interpretação, situa cada sujeito observador num terreno neutro, e partindo da dualidade de elementos ao seu conhecimento são atribuídos os pessoais sentidos.

A razão humana se instaura e os sentidos passam a estar na mente do sujeito e não mais nas substâncias das coisas. Desse modo, a hermenêutica filosófica realiza a busca da compreensão do sentido fundamentada na razão própria e nos compromissos teóricos, recusando a definição de interpretação como método, ou seja, todo sujeito interpreta para compreender sob um processo de compreensão filosófico e não um processo mecânico.

Quanto ao objeto, é atribuída uma compreensão pelo sujeito reconstruída na e pela linguagem, ou seja, caso não fosse levado em conta que a linguagem é anterior ao sujeito cognoscente e ao objeto cognoscível, condição essa assegurada como de sua própria existência, não seria possível isolar esse contexto do mundo, pois sujeito e objeto são condicionados pela dimensão linguística em que estão inseridos.

Dentre os muitos outros conceitos, Oliveira (2015, p. 20), se refere à linguagem como sistema quando a identifica "não como um conjunto amorfo de nomes isolados para designação das coisas, qualidades, diferenças, relações, etc., mas uma organização, uma estrutura com a qual podemos formar uma infinidade de frases".

Em decorrência dessa revolução, a qual provoca uma nova perspectiva sobre a interpretação, a relação sujeito-objeto é rompida e a hermenêutica filosófica passa a tratar da sua realização no âmbito da intersubjetividade dos sujeitos, propondo

bem menos na exegese<sup>10</sup>, um exercício constante de reflexão sobre os textos, problematizando os limites pensantes e caracterizando uma nova experiência filosófica sobre a linguagem.

Vejamos o que Manfredo Araújo de Oliveira (2015, p. 81), coleciona a respeito do ofício da Filosofia em relação à análise da linguagem:

A tarefa da filosofia consiste em pesquisar a estrutura lógica do conhecimento científico, isto é, pesquisar como conhecimentos e sentenças que vinculam logicamente. O trabalho da filosofia é, então, pesquisar logicamente conceitos, sentenças, demonstrações, hipóteses, teorias das ciências. Por essa razão, ela é fundamentalmente análise da linguagem, pois a linguagem é como que o corpo do conhecimento. As ciências empíricas pesquisam os fatos, isto é, o que é apresentado por meio da linguagem, enquanto a análise lógica, própria da filosofia, pesquisa como os fatos são apresentados por meio dos conceitos e das sentenças na linguagem.

Tal exercício filosófico, tomado por um rigor linguístico, se descortinava crítico da filosofia da subjetividade ou da filosofia da consciência, e a partir daquele momento, criou-se o entendimento de que só poderíamos conhecer aquilo que também poderíamos expressar, ou seja, embora existisse um mundo muito maior do que aquele que queríamos ver, caso não conseguíssemos expressá-lo, nunca poderíamos enxergá-lo realmente.

Encabeçada por alguns pensamentos racionais, essa grande discussão sobre a consciência linguística da filosofia exerceu diretas influências e provocou profundas clivagens no cenário jurídico da época. Foi tamanha a invasão da linguagem sobre a filosofia, que seria injusto acreditar que a mesma deva ser identificada apenas como um paradigma, um modelo ou uma ruptura, mas sim uma verdadeira "Virada" desempenhada sobre a consciência do ser, ou seja, essa invasão que transferiu o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem colocou em questão a ação, o sentido e a consciência do pensamento em si.

Em decorrência da profundidade desse impacto, um divisor de águas foi criado para a compreensão da linguagem e de sua relação com os sujeitos no mundo, o qual passa a ser entendido como um contraponto entre o materialismo positivista e o idealismo.

Apesar de seu maior destaque ter ocorrido na segunda metade do século XX, referida discussão teve seu início no fim do século XIX, e carregada pelas principais

---

<sup>10</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 30.

escolas jurídico-filosóficas daquela época, foram idealizados modelos de controle da interpretação, do conhecimento e da adaptação do direito, deixando, conseqüentemente, uma importante marca no conceito de interpretação, bem como reformulando a hermenêutica e construindo uma nova atividade de aplicação do direito, razão pela qual, um verdadeiro paradigma da subjetividade foi gerado.

Foi na segunda fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein, em meados de 1922<sup>11</sup>, num período chamado de giro ontológico-linguístico, onde o mundo prático ingressava na filosofia e o sentido das coisas passou a não estar mais nem nas coisas, nem na consciência, mas na linguagem do ser, a qual é entendida como relação essencial e ainda responsável, mesmo que apresentada contemporaneamente por diversas formas, como tudo o que torna possível o entendimento entre as pessoas.

Essa linguagem do ser revela-se como uma semântica relacionada ao pensamento filosófico e ao mundo real como função estruturante nas relações intersubjetivas, ou seja, trata-se de explicar a correspondência entre mundo e pensamento. Porém, essa correspondência só é possível quando ambos os polos têm algo em comum, ou seja, quando há uma identidade estrutural entre o mundo dos fatos e o mundo do pensamento.

Assim sendo e em decorrência desse giro linguístico encabeçado por Wittgenstein, e estando a linguagem com sua importância já destacada, ganha força a virada linguística ontológica com Martin Heidegger, pela qual, o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser, sendo assim, o “estar aí” no mundo seria estar no mundo construído pela linguagem. Essa foi, indubitavelmente, uma virada linguística mais filosófica ou, quiçá, poética, a qual considera que a língua é a morada do ser<sup>12</sup>.

Seguindo esses pensamentos, o “estar aí” no mundo seria estar no mundo construído pela linguagem e mexer a linguagem, constrói o mundo, sendo exatamente o fato de nos comunicarmos por meio da linguagem que nos distingue dos animais.

Com base nessa nova visão, pretendia-se enxergar e buscar a essência do ser, a qual, nas palavras de Streck (2011, p. 108), era possível se “na medida em

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2011. p. 244-245.

<sup>12</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10ª. ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2015.

que se compreende, o homem compreende o ser e, assim, compreende a si mesmo"<sup>13</sup>.

Foi, portanto, a partir dessa mudança, conhecida também por "viragem" ontológica de Martin Heidegger, onde a "fenomenologia deixou de significar apenas a descrição daquilo que é dado e resumido em falsas construções teóricas" (Gadamer, 2009), que ganha corpo a justificativa apresentada sobre a questão crítica em face da metafísica, a distinção entre ser e ente, bem como a problemática radical da subjetividade fenomenológica.

Fato é que a interpretação jurídica, se externava obediente aos postulados e conclusões da Hermenêutica Filosófica desde o início do século XX, teve sua apresentação de destaque por meio de processos de interpretação agregados a uma fenomenologia desenvolvida por esse jovem teólogo Martin Heidegger, o qual, em seus estudos, reaproveitava especialmente e se servia da ética aristotélica.

Isso fica demonstrado quando Heidegger (2015, p. 198), descreve a seguinte observação sobre o surgimento da hermenêutica:

Dentro da problemática dessa investigação, não será possível interpretar os diferentes modos da disposição e seus nexos de fundamentação. Esses fenômenos são de há muito conhecidos e onticamente sempre considerados pela filosofia, sob o nome de afetos e sentimentos. Não é por acaso que a primeira interpretação dos afetos, legada e conduzida sistematicamente, não tenha sido tratado no âmbito da "psicologia". Aristóteles investiga a "πόθη" no segundo livro de sua *Retórica*. Ao contrário da orientação tradicional do conceito de retórica como uma espécie de "disciplina", ela deve ser apreendida como a primeira hermenêutica sistemática da convivência cotidiana com os outros.

A ideia então construída defendia a inexistência de um mundo em si, que seja despreendido da linguagem, de forma que se alargou, oportunamente, a compreensão de mundo. Razão pela qual, passou-se a entender que tudo que era possível de ser pensado, necessitava também da linguagem, ou seja, não se poderia conhecer, nem sequer em pensamento, aquilo que não pudesse se expressar.

Essa reflexão também colocou o direito inserido na ciência da linguagem, melhor dizendo, foi a partir desse giro linguístico, que o direito deixou de existir apenas na lei ou no texto da lei, passando o seu sentido ser determinado pela interpretação.

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 108.

A partir desse momento, a superação do positivismo exegético ganha força atribuindo consistência a ideia então construída e criando um rompimento com a filosofia da consciência e do mundo das ideias, caracterizado até então pela metafísica. Isso reverbera a impossibilidade em negar as consequências da viravolta linguística em relação à interpretação das normas de direito, haja vista que supera aquilo que representou a relação estabelecida entre o sujeito e o objeto do conhecimento, conhecido como positivismo.

Em razão desse complexo entendimento, podemos afirmar que só enxergamos aquilo que é um ente materialmente falando, e dentro do contexto da Ciência do Direito, o melhor exemplo é atribuído às leis, haja vista serem representadas pelos seus textos "entificados".

Lado outro, entende-se que a autocompreensão por meio da linguagem, também esteve sempre presente no pensamento de Martin Heidegger. Isso pode ser observado a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender, ou seja, como uma forma de preocupação com o sentido do ser, construindo, assim, a hermenêutica como elemento de ligação com o próprio preocupar-se do homem consigo mesmo.

Melhor dizendo, aos pensamentos de Heidegger, a razão prática, a razão pura e tudo aquilo que se observa no mundo é uma dimensão apofântica, ou seja, não há nenhuma garantia de verdade no que é feito na dimensão da experiência científica e humana. Assim, percebe-se que toda a filosofia, até Heidegger, trabalhou com a distinção das normas em geral, entre a razão prática por meio da ética e da moral, o que evidenciava uma razão pura como a ciência e a metodologia.

Assim, percebe-se que a partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, a compreensão não se apresentava mais como um processo advindo de um produto da subjetividade do sujeito, mas é um existencial, é algo que nos constitui como seres humanos. Hermenêutica é para Heidegger a ontologia da compreensão, que, por sua vez, possui a existencialidade através do ser-aí hermenêutico. A compreensão é como se comporta o ser do ser-aí.

Isso nos mostra o quanto indissociável é, bem como importante entender, que o compreender acontece na dimensão da linguagem, sobre a qual não está situado apenas o objeto, mas também o sujeito.

Nessa linha, compreender significa o modo de ser próprio do ser humano, na medida em que não nos perguntamos, porque compreendemos o mundo pelo fato

de já o termos compreendido. Há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão da qual nos fala Heidegger.

Em sua obra *Ser e Tempo*, a análise entre compreender e interpretação é abordada no § 32 (2015, pág. 209), vejamos:

O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, o compreender apropria-se do que compreende. Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender.

Diante desse pensamento, Heidegger cria um novo conceito que descreve um ambiente no interior do qual conhecimento prático e conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade, definido como círculo hermenêutico. Aliás, falar em hermenêutica filosófica e outros conceitos filosóficos como círculo hermenêutico ou pré-compreensão sem citar esse que foi o grande filósofo que introduziu e renovou os conteúdos desses conceitos é ignorar a construção da matriz da hermenêutica filosófica.

Esse círculo hermenêutico de Heidegger é em exata medida, a ideia do conhecimento como uma articulação da pré-compreensão. Válido seria, neste momento, afirmar que aquilo que se discute apenas é discutido em virtude de ainda não existir uma pré-compreensão que auxilie em sua interpretação e aceitação<sup>14</sup>.

Portanto, fez-se necessário a busca pela essência do ser presente no ente por meio de uma compreensão ontológica. Pois, tratar a realidade do ser presente no texto entificado apenas no "mundo das ideias" ou "das formas", mesmo que conferindo ampla relação com a dialética platônica entre os séculos 427 a 347 a.C., não teria propósito, pois a verdade do "mundo das ideias" estaria radicalmente distante da realidade encontrada neste mundo sensível em que vivemos.

A pré-compreensão conforma o horizonte interpretativo em que se situa o jurista. Portanto, ela não é um mero sentimento subjetivo que ele tenha sobre o mundo ou o direito, pois, é preciso deixar claro, que não se pode confundir pré-compreensão com visão de mundo, preconceitos ou qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo.

---

<sup>14</sup> "O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se preliminarizou como possibilidade de articulação". In. STRECK. *Hermenêutica Jurídica em crise*. Pag. 252.

Ressalte-se, também, a importante relação que Oliveira (2015, p. 33), nos fornece a respeito da pré-compreensão e linguagem, pois "a maneira que falamos das coisas, já se mostra uma pré-compreensão das coisas, e a tarefa da filosofia consiste exatamente na explicitação e tematização crítica dessa nossa pré-compreensão do real, que é obrigatoriamente mediada linguisticamente".

Sem a mediação da pré-compreensão, fica demonstrado exatamente que não há espaço para este tipo de relativização subjetivista que acabaria, no fundo, caindo nas armadilhas de um ceticismo filosófico, e contra o relativismo ou pragmatismo, não há como nos protegemos.

Desse modo, entende-se que o ideal seria a relação entre a teoria da hermenêutica filosófica e a sua prática no contexto intersubjetivo de fundamentação do sentido aplicado às normas do direito, ou seja, a razão hermenêutica da pré-compreensão unida à institucionalização no mundo prático pelos princípios constitucionais à obtenção da correta resposta do direito, bem como das garantias fundamentais.

Justifica-se, pois, a importância da hermenêutica filosófica na corrente da Ciência do Direito devido, em grande parte, ao aluno e discípulo de Martin Heidegger e também filósofo alemão Hans-Georg Gadamer. Ambos são considerados matrizes hermenêuticas e responsáveis pela revolução hermenêutica por eles empreendida. Assim sendo, a difusão do pensamento heideggeriano por Gadamer decorreu de forma célere e extensiva em virtude do espaço e importância conquistados pelos seus entendimentos.

Continuando as ideias de Heidegger, Gadamer desenvolve uma nova forma de pensamento, e apesar de carecer do caráter eminentemente filosófico outrora encontrado no pensamento heideggeriano, contribui de forma sensível para a filosofia e para a hermenêutica atual, desenvolvendo uma hermenêutica filosófica baseada principalmente na ideia de compreensão do ser e da importância da linguagem.

Porém, enquanto a hermenêutica heideggeriana, parte da premissa de que "todo ente é independente de experiência, conhecimento e apreensão através do que ele se abre, descobre e determina" (2015, p. 249), razão pela qual, limites são impostos à sua inteira compreensão ao observar ou analisar o mundo como ser, o que afasta o intérprete da intersubjetividade, perante a hermenêutica de Gadamer, eleva-se a linguagem ao mais alto patamar, uma vez que, segundo seu

entendimento é ela quem determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico. Assim, sob essa perspectiva, é possível afirmar que Gadamer faz tal elevação baseada em uma ontologia hermenêutica, ou seja, uma espécie de hermenêutica sobre a hermenêutica.

Mostra-se, contudo, que como intuito principal baseado nessa sua corrente, a comprovação de que o “ser que pode ser compreendido é linguagem”, razão pela qual, para ele, o sentido não se encontra somente na locução ou no que está escrito, mas em todas as criações humanas, sendo seu descobrimento uma tarefa hermenêutica<sup>15</sup>, fazendo dela, portanto, a alma de sua interpretação sobre textos filosóficos ou poéticos, atuais e da tradição, apresentando reflexões de como a mesma é entendida como um constante entrar-em-diálogo com o texto.

O pensamento de Gadamer visa reabilitar a autoridade da linguagem imersa em uma tradição, pois, uma vez constatado o problema do descrédito sofrido por ela, haja vista que a tradição também se manifesta por meio da linguagem, entendia que as interpretações não podem ser tomadas como questões isoladas, deixando de lado a parte da historicidade de que já é antecessora.

Além desse pensamento e com base em sua perspectiva, sua tese defende que o leitor de um texto deve estar primeiramente disposto a que o texto lhe diga algo<sup>16</sup>, pois não é possível que o intérprete analise o texto de forma fechada e com rigidez tamanha que impossibilite o acompanhamento de novos horizontes ou ideais sobre o tema, uma vez que, caso contrário, cometeria um risco e comprometeria a sua correta compreensão.

Por tudo isso, a hermenêutica se mostra como um despontar em nossa compreensão, a qual está imersa em na faticidade e historicidade do intérprete, as quais, segundo Gadamer, são as condições de possibilidade para qualquer interpretação. Colecionando seu pensamento de um modo mais simples, "só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que já une todas as partes ou textos do "sistema"" (GADAMER, 1990).

Assim, a hermenêutica não se trata apenas da interpretação de textos, nem é algo que acontece somente quando se faz ciência. Gadamer defende que a hermenêutica, o compreender, é um fenômeno universal porque é fundamento não

---

<sup>15</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro, Vozes: 2004. p. 405.

<sup>16</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro, Vozes: 2004, Pag. 405

apenas dos textos da tradição e dos produtos do espírito, mas de todo e qualquer saber humano, pois todo saber tem por base uma pré-compreensão que o antecede.

Gadamer entende que a compreensão é sempre passível de modificação, e com base nessa historicidade antecessora, afirmará que a compreensão só alcança sua possibilidade no momento em que as opiniões prévias e os pré-juízos forem legítimos quanto à sua origem e, inerentes à ideia de "ser", não devendo se caracterizar como arbitrária, sob pena de impossibilitar o alcance das várias probabilidades de interpretação.

Referido pensamento deveria também ocorrer com o direito, pois se encaixa de forma adequada e legítima ao cenário jurídico contemporâneo, quando relacionado ao modo arbitrário de compreensão de textos normativos baseados na aplicação desmedida de princípios constitucionais na consequente fundamentação das decisões na prática da atividade jurisdicional, principalmente por constituírem inúmeros aspectos relevantes e detentores de elevada importância no que diz respeito à necessidade de interpretação adequada e aplicação legítima do real sentido do direito aos mais fundamentais setores da vida do indivíduo.

Isso porque, em alguns dos fundamentos desenvolvidos pelo filósofo do direito, a ideia de se buscar a vontade da lei ou de que o direito seja aplicado por mera dedução é rechaçada. Por isso, devemos compreender que os sentidos não podem jamais ser reproduzidos, mas sim produzidos, ou seja, o intérprete sempre produzirá algum sentido no acontecer da interpretação.

Sustentado no paradigma da linguagem, Streck (2017, p. 97) demonstra que a "norma" é produto da imperiosidade da "síntese hermenêutica" utilizada sobre o processo de interpretação e compreensão do modo de ser do intérprete:

Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos de ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido. Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. Por isso a hermenêutica será filosófica e não método. Não mais interpretamos para compreender, mas sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva de sentido (*Auslegung*); é agora, atributiva de sentido (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

Por isso compreender e interpretar, que equivale a explicitar o que se compreendeu, independe de um método ou de um processo consciente do sujeito, ou seja, existe um processo de compreensão prévio que antecipa qualquer

interpretação e somente a partir dele que o intérprete partirá para realizar o processo hermenêutico, dentro do qual, é necessário frisar, já estava inserido.

Com base no que exposto, entende-se que muitos problemas jurídicos necessitam de uma profundidade explicativa e justificativa que só podem ser fornecidas por meio de reflexões teóricas sobre o seu conteúdo.

Assim sendo, seria redutor ensinar apenas a dogmática do direito positivo sem fornecer algumas propostas históricas, as quais se apresentam reflexões sobre os pressupostos indispensáveis ao conhecimento e ao que se diz respeito aos modos de interpretação extraídos do conteúdo normativo de uma lei, baseados na tradição hermenêutica.

Todavia, torna-se significativo registrar que o conjunto formado por interpretação, argumentação e decisão jurídica, além de constituir em pressupostos, também são importantes institutos estudados pela da Teoria do Direito, capazes de demonstrar os sentidos que servem de referência à orientação da sociedade por meio das normas do direito.

Outro fator a ser destacado, é a apresentação de novas perspectivas às teorias jurídicas, notadamente à interpretativa, constituindo assim, vínculos paradigmáticos com a Ciência do Direito, o que demonstra ser necessário proporcionar uma reflexão sobre o modo e a forma de como é compreendido o seu objeto de estudo, sem deixar de cumprir a respectiva tarefa nos planos pedagógicos e científicos.

Caracterizada por uma atitude construtiva dentro do universo do direito, a interpretação possui técnica e meios próprios para se chegar ao seu propósito. Além disso, orientada por princípios e regras, envolveu a sociedade, se desenvolveu e aprimorou as doutrinas jurídicas sobre o tema.

Uma dessas mais importantes doutrinas jurídicas é a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Referido clássico doutrinário traz o conceito de Interpretação Jurídica (2009, p.4), como sendo um processo de construção originado pela conduta humana, chamado de juízo, enunciado sobre a constituição de um ato jurídico ou antijurídico, em face do qual resulta em uma interpretação específica sobre a norma do direito.

Hans Kelsen não fala em interpretação da lei e sim no sentido objetivo em que o fato externo, em conformidade com o seu significado objetivo, está ligado. Vejamos:

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma.

Referidos sentidos não devem ser produzidos obviamente de modo arbitrário, tampouco pode ser algo imprevisível, pelo fato de que a continuidade na tradição obriga sempre um confronto dialogando com a própria tradição. Por isso a célebre frase, "quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa". É dessa fonte que surgem críticas à noção de livre convencimento, entre outros fatores condicionantes o da subjetividade na atividade jurisdicional.

Gadamer, baseado na fenomenologia de Heidegger, atuou basicamente em face ao extremo positivismo e suas verdades absolutas, indicando maior primazia à compreensão da verdade por meio da linguagem com o outro do que com a questão de método. Razão pela qual, deve-se entender que a regra interpretativa não se mostra simplista a ponto de se dividir entre exegese e não-exegese. Contudo, o fato de a hermenêutica filosófica preterir o método não implica em ausência de racionalidade. Pelo contrário, exige-se agora um maior cuidado no controle da interpretação.

O chamado círculo hermenêutico evoluiu e não se estabelece mais através de um diálogo somente entre o intérprete e o texto no pano de fundo de suas pré-compreensões, mas sim através de um diálogo do intérprete consigo mesmo e com o outro a respeito do texto, originando um rompimento às linhas tradicionais da hermenêutica filosófica trazida por Heidegger.

Esse certo distanciamento sobre os pensamentos de Heidegger, fica destacado quando Gadamer expõe que a compreensão do outro possui uma significação fundamental:

Na medida em que Heidegger o tinha desenvolvido na preparação da questão do ser e em que ele tinha elaborado com isso a compreensão como a estrutura existencial mais própria do ser-aí o outro só podia se mostrar em sua própria existência como uma limitação. Por fim, porém, assim o penso, justamente o fortalecimento do outro contra mim mesmo descortina para mim, pela primeira vez, a possibilidade propriamente dita da compreensão. (GADAMER, 2009, pág. 109).

Como já exposto, o pensamento de Gadamer é derivado essencialmente de Heidegger que, em sua principal e inacabada obra *Ser e tempo*, define *Dasein* ou Ser-aí formalmente como compreender. Algo pelo qual, diversamente, segundo Gadamer, se dá sempre que o ser humano está às voltas com alguma coisa de seu meio, com outras pessoas e consigo mesmo. Por isso, o compreender, como este se forma e sua interpretação, caracterizam profundamente tanto a vida de cada ser humano como sua convivência com os outros, sempre orientados pela linguagem e pelo primado do diálogo.

Portanto, diferentemente de Heidegger, a compreensão além do "ser-aí" não se caracterizava como uma limitação. Pelo contrário, Gadamer entendia que a compreensão era incrementada quando desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar no diálogo com o outro, a historicidade da cultura e do mundo vivido.

Assim, deve o intérprete ater-se, então, na hermenêutica filosófica, às condições e acontecimentos tradicionais e históricos? Ou mencionado uma outra problemática contemporânea: deve a atividade jurisdicional seguir a opinião pública ou sua subjetiva opinião? Haja vista que, por meio das redes sociais, fica claro que o padrão de moralidade apresentado se encontra influenciado pelos meios de comunicação de massa.

A resposta correta para um caso concreto, no nível da dimensão hermenêutica e não da sintaxe, busca um sentido mais autêntico e mais originário, visando a melhor solução jurídica, pois, no nível da hermenêutica filosófica, a resposta correta do direito se encontra naquilo que tem um nível de pré-compreensão adequado, e que, em razão disso, alcance a pacificação sem sequer causar maiores discussões.

Assim, faz todo o sentido quando a Teoria do Direito trabalha os seus fundamentos em conjunto com pressupostos filosóficos como a hermenêutica e a linguagem e não de forma paralela, pois a Filosofia está no Direito e o Direito só terá sentido se ele for examinado a partir dessa imbricação, desse entrelaçamento, onde a Filosofia passa a ser condição de possibilidade do estudo do Direito.

Entretanto, as preocupações da Teoria do Direito não estão relacionadas diretamente com os problemas técnicos da atividade jurisdicional desenvolvidos na prática forense, mas sim com os seus pressupostos, os quais implicam em reflexões direcionadas e relacionadas aos seus fundamentos, tais como a racionalidade, a

legitimidade, as origens e a compatibilidade entre as estruturas jurídicas e demais estruturas da sociedade moderna, bem como ao futuro dos institutos jurídicos.

Procurando, portanto, entender o direito em seu contexto social, a Teoria do Direito pode fazer perguntas que ultrapassam as fronteiras do sistema jurídico, muitas vezes introduzindo questões de outras áreas, como as da teoria política, da economia, da sociologia, da filosofia e da própria teoria da ciência, ou seja, a Teoria do Direito é, portanto, um esforço de reflexão do próprio direito enquanto um âmbito de produção de sentido que faz parte da sociedade, que influencia a organização da sociedade e, ao mesmo tempo é influenciada por ela. (SIMIONI, 2011)

Contudo, na contramão dessa racionalidade estruturante da hermenêutica filosófica como fundamento da Teoria do Direito, decisões são estabelecidas e se modificam em torno de parâmetros metodológicos organizados por tensões surgidas em face de divergências entre exigências políticas, ideológicas, relações de poder e fatos sociais que afetam a interpretação, a argumentação jurídica e conseqüentemente a tecnicidade durante a atividade jurisdicional, ou seja, fogem completamente da aplicação de uma hermenêutica filosófica baseada na correspondência entre linguagem e ser.

Assim, a hermenêutica filosófica, reconhecida como berço da tese da pré-compreensão e que coloca a compreensão como condição de possibilidade em qualquer fenômeno filosófico e não lógico, haja vista atuar em um nível de racionalidade estruturante, tradicional, dá lugar a decisionismos assentados em fatores produzidos por posturas ou teses relativistas danosas de grandeza extrema, sobretudo em um país como o Brasil, que possui uma Constituição caracterizada como compromissória e dirigente.

Foi perdendo o medo diante da tradição e deixando de aceitar algo sem antes submetê-lo à crítica, que os sofistas emergiram o princípio da subjetividade e o poder de persuasão, e com isso o espírito do iluminismo e a consciência crítica.

Porém, confundir pré-compreensão com subjetividade, subjetivismo, opinião ou ideologia é anular o próprio conceito, sobretudo diante do fato de que, no quadro de uma sociedade plural e fragmentada como a nossa, coexistem múltiplas visões sobre o mundo disputando espaço.

Isso leva a crer que, mesmo com a importância do giro linguístico e sua influência sobre o Direito, muitas dessas teses presentes no âmbito da Teoria do Direito, persistem procurar justificativas sobre suas crenças, baseadas em ideais

objetivistas e fincadas na filosofia subjetivista da consciência, as quais possuem base paradigmática racionalista e simplificada.

Tal fato é demonstrado, pois, dentro dessa pluralidade de novas teorias, uma vez que algumas são construídas com bases epistêmicas positivistas, pelas quais se identifica a presença de um elemento comum dado pelo sujeito epistemológico-solipsista da modernidade, ou seja, aquele jurista tradicional, que embora não possa fugir da temática da linguagem e dos influxos do giro linguístico e hermenêutico, ainda acredita que é sua subjetividade que funda os objetos do mundo, quando já deveria entender, pós-giro hermenêutico, que o acesso a qualquer coisa não se dá de forma direta e objetiva, mas pela mediação do significado.

Lamentavelmente, o giro hermenêutico não foi amplamente recepcionado pela processualística, tampouco em muitas correntes teóricas do direito, conforme Pereira (2018), e contra isso, devemos promover debates críticos às discricionariedades e subjetivismos ou paradigmas da consciência, os quais fazem com que os objetos sejam submetidos pelo observador camuflado pelo desejo do método, descuidando da racionalidade do sujeito.

Importante ressaltar que já há dentro desse contexto, uma crítica estabelecida em face da ausência da hermenêutica filosófica sobre a interpretação jurídica defendida por Lenio Streck (2017, p. 585), da qual, se adverte ao grande problema da interpretação subjetiva e discricionária direcionada à pessoa do julgador, ao juiz solipsista, que decide conforme sua consciência<sup>17</sup>.

Tal sujeito solipsista, ou seja, viciado em si mesmo é refratário ao giro linguístico e hermenêutico, conforme teremos a oportunidade de analisar em outra parte do presente trabalho.

Streck argumenta que, sem a hermenêutica filosófica, o intérprete e julgador "apela para os princípios que funcionam como axiomas com força de lei, ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional"<sup>18</sup>.

Concedendo mais corpo ao entendimento sobre a necessidade da hermenêutica filosófica sobre a interpretação jurídica, Oliveira (2015, p. 21) nos ensina que o grande limite do convencionalismo e o afastamento da arbitrariedade

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>18</sup> SRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 585-588.

consistem na exigência do isomorfismo entre linguagem e ser. A linguagem tem de ser apropriada ao ser, como sua expressão ou apresentação, e por isso, não pode ser estabelecida arbitrariamente.

Com base nisso, podemos perguntar: de que modo é possível controlar o intérprete para que este não diga qualquer coisa sobre qualquer coisa? Isso implica defender que, por nos movemos em um mundo em que a linguagem é condição de possibilidade, e não algo à nossa livre disposição, as coisas "entificadas" só existem se uma vez significadas, e não por meio de deduções feitas a partir de conceitos generalizantes.

A fim de combater tais conceitos com sentido comum, faz-se necessário compreender que:

o pensar não pode ser tratado como um objeto entre outros, uma vez que ele se manifesta como condição de possibilidade de toda objetivação. Se assim é, então se manifesta ingênuo querer saber sobre o mundo dos objetos sem perguntar pela instância que constitui o mundo objetivo enquanto objetivo, ou seja, pela subjetividade humana, como fonte de todo processo cognitivo. (OLIVEIRA, 2015, p. 35).

Em razão disso, várias correntes filosóficas e das Ciências Jurídicas passaram à ofensiva em busca de novos critérios de verdade que levassem em conta a intersubjetividade, a historicidade da compreensão e em contraponto, a artificialidade de certos métodos. Também vêm se redescobrimo antigos critérios cognitivos soterrados, saberes aristotélicos e avanços na discussão do conhecimento supra-empírico, com a *Metaética*<sup>19</sup>.

Lenio Streck (2017, p. 9), reforçando essa ideia, nos lembra que:

depois dos fracassos do positivismo em expungir a moral do campo jurídico, algo tinha que ser feito. Dito de outro modo: o direito não pode(ria) ficar imune aos influxos das profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos.

Aliados a isso e entendido como um axioma, devemos nos proteger da arbitrariedade empregada no exercício da atividade jurisdicional quando esta estiver amparada pelo subjetivismo e pela ultrapassada teoria da relação jurídica processual, a qual confere ao julgador, apenas a racionalidade na interpretação das normas do direito fundada na cultura jurídica de valorização dos princípios

---

<sup>19</sup> TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Em que sentido o processo judicial busca a verdade? Constrangimentos epistemológicos e o CPC/2015. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 170.

constitucionais e buscar uma participação mais ativa dos atores processuais para a construção de decisões judiciais mais legítimas.

É necessário, portanto, um exame crítico ao livre convencimento motivado, ao esquema positivista de racionalidade baseado em axiomas principiológicos, apostando fundamentalmente no resgate e na superação de uma dogmática excessivamente limitada ao discurso intersubjetivo, pois, somente assim, os espaços de atuação englobados pela técnica processual serão preenchidos de forma autêntica e legítima, sem que se relegue toda essa questão ao subjetivismo do julgador.

Como garantia do Estado, esse processo que nos remete ao desejado encontro da resposta correta ao caso concreto e com ela alcançar a pacificação, gerando um sentido mais autêntico, originário e legítimo, bem como trazendo a impressão de se ter alcançada a melhor solução jurídica sem causar maiores discussões aos conflitos de interesses, inevitavelmente nos submeteu aos efeitos que a história tradicional exerceu sobre a interpretação, e uma disputa pela episteme interpretativa sobre o direito foi provocada, elegendo problemas e resultando num pluralismo jurídico.

Grandes centros de discussões se tornam relevantes, haja vista as importâncias advindas das transformações paradigmáticas dos períodos definidos como Jusnaturalismo, Positivismo, Neopositivismo ou Constitucionalismo, que se sedimentaram pelo tempo e estão correlacionados com o desenvolvimento da Ciência Interpretativa do Direito.

Referidos fenômenos, resultantes de revoluções filosóficas, jurídicas e sociológicas, alteraram historicamente a perspectiva sobre a estrutura e comportamento do Direito e de sua Teoria, o que oportunizou em abundância, diversas teorias da interpretação jurídica voltadas exclusivamente para o sujeito intérprete.

Em decorrência da amplitude desse contexto, algumas práticas interpretativas na busca da produção de sentido do Direito ficam comprometidas, pois foram apenas desempenhadas e apresentadas ao encontro, ou seja, em verdadeira disputa com as abordagens reproduzidas pelos ilustres saberes hermenêuticos filosóficos dos séculos XIX e XX.

Já outras, naturalmente constituídas num consenso, também geraram crises, consolidando novamente noutro paradigma, pois "novos tipos de fenômeno

simplesmente descortinaram a ordem de um aspecto da natureza que antes nenhuma ordem tinha sido vista<sup>20</sup>.

Assim, soa natural que dentro de cada revolução paradigmática inserida na Ciência do Direito, surjam uma pluralidade de atores que demonstrem saberes jurídicos e disputem a episteme do Direito e a produção de seu sentido. Em razão disso, a estrutura paradigmática apresenta diferentes tipos de abordagens sobre a interpretação jurídica e sobre o que seria autorizado falar sobre esse assunto.

Acontece que, nesse campo teórico do saber jurídico, por meio de uma manobra circense, muitas dessas abordagens tentam se equilibrar entre a tensão existente na dogmática jurídica, na ciência e na legislação, resultando numa espécie de disputa pela excelência sobre um pomposo discurso jurídico.

De acordo com Lenio Streck (2018), vivemos hoje no paradigma da intersubjetividade. Logo, não há lugar nem para o "dono da lei", nem para o "escravo da lei". Democracia não se coaduna com discricionarismo e com subjetivismo, tampouco com o livre convencimento, a livre apreciação da prova ou uma livre interpretação das garantias constitucionais.

Referida reflexão reverbera o atual período neoconstitucionalista em que vive o mundo jurídico brasileiro, onde, teoricamente, um novo paradigma técnico e científico é baseado em teorias argumentativas sobre a interpretação.

Com base nessa abordagem, a interpretação é fundamentada e compreendida sob um sistema principiológico, oportunizando inúmeras posições interpretativas que disputam o poder de dizer o sentido do direito e em que ele se constitui. Razão pela qual, não fica representada adequadamente a forma de se constituir uma decisão judicial legítima.

Considera-se, portanto, que adotando essa dogmática baseada em princípios constitucionais, ocorreria uma contribuição para a redução no grau de discordâncias interpretativas e uma reprodução técnica profissional, traduzida numa mera interpretação lógica sobre textos principiológicos dogmáticos, os quais nos remeteriam a métodos interpretativos aplicados restritivamente sobre os textos legislativos na época exegética.

Tal pensamento reverbera a perspectiva de Hans Kelsen sobre a criação de um direito com base apenas no seu texto. Uma metodologia de interpretação muito

---

<sup>20</sup> KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 97.

próxima à Escola da Exegese, onde, "a ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito"<sup>21</sup>.

Ademais, essas escolhas interpretativas representam um perigo, pois definem o regime de verdade sobre o direito e são responsáveis pela ascensão ou a exclusão de abordagens sobre o entendimento significativo do próprio direito na sociedade, tornando a decisão representativa do poder e desejo em que se fundam as interdições ao discurso em razão do "direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala"<sup>22</sup>.

Seria como se estivéssemos num tabuleiro de xadrez, onde teorias da interpretação ancoradas no contexto civilizacional, fundamentadas por princípios constitucionais, representassem as referências interpretativas do direito em busca do "xeque-mate" utilizado pelo operador do direito ao dizer a última palavra ou ao fundamento mais sólido e convincente para apaziguar os ânimos políticos, econômicos ou da opinião pública.

Basicamente, essa disputa pelo lugar da mais sólida e convincente palavra é adotada por meio de uma decisão judicial, onde a qual, supostamente estará realizando o sentido do direito no mundo da vida, epistemologicamente representada dentro de um campo simbólico, localizado dentro das estruturas de um poder político ou econômico.

Outro tipo de abordagem é representado por um resultado de escolhas dentre as inúmeras teorias doutrinárias importadas, as quais, reproduzidas de modo distorcido na literatura jurídica brasileira, leva a crer que essa fonte do Direito caracteriza-se como a principal responsável pela consolidação das escolhas interpretativas do direito pátrio.

Dentre as principais fontes do direito, entende-se que a doutrina jurídica tem o um importante papel em buscar a autoridade máxima sobre o saber verdadeiro do direito e a supremacia da interpretação jurídica, bem como o desenvolvimento argumentativo da decisão judicial, reproduzindo os métodos da interpretação jurídica em um período neopositivista, sem apresentar significativa alteração da perspectiva

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 395.

<sup>22</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução; Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1999. p. 9.

em suas abordagens, ou seja, representar uma fonte condutora do que realmente é o direito, ser responsável pela correta aplicação do direito e pela consolidação das escolhas interpretativas do direito na atividade jurisdicional.

O desafio da interpretação e a construção de novas teorias e críticas adequadas à necessidade de uma hermenêutica em face de uma estrutura normativa neoconstitucional existente, acompanhadas pelas atualizações das fontes do direito brasileiro, devem ser operacionalizadas, sincronizadas com o direito filosófico raiz e com o mundo dos fatos atuais, precipuamente em busca dos valores e interesses sociais, desencadeando na imediata criação de anseios e na diminuição das desigualdades entre os indivíduos.

Somado a isso, nota-se a ausência de novas perspectivas via legislativa ou pela consolidação da jurisprudência, a um maior comprometimento com a *práxis* interpretativa do direito e a vinculação da interpretação ao direito posto no caso concreto. Razão pela qual, algumas justificativas se tornam consistentes ao negar à Teoria do Direito empregada no Brasil, o *status* de cientificidade.

A tarefa interpretativa deve assumir um espaço ainda mais crucial e se caracterizar como essencial para a correta aplicação do direito no tempo e na circunstância que este é aplicado. Cabe, portanto, ao operador do direito, seja no campo político, acadêmico ou jurisdicional analisar sempre a legislação em face da jurisdição e a aplicação do direito levado a sério. Essa é uma função que nós temos.

Por isso a problemática em análise exige, todavia, que a legislação seja interpretada não apenas na literalidade de seu texto, mas a partir de uma reflexão hermenêutica filosófica que atinja os seus níveis mais intrínsecos de compreensão.

Essa dificuldade em se compreender e interpretar de maneira correta um texto legal, diante de suas mais diversas possibilidades, justifica-se, muitas vezes, de modo a sobrepor todos os pré-juízos e pré-concepções que o sujeito intérprete carrega consigo. Razão pela qual, o afastamento desses pré-juízos e pré-compreensões se mostram imperiosos quando da observância da aplicação do direito e de suas possibilidades diante da opção entre compreender e fundamentar como paradigmas para que se possa atingir uma resposta correta para o problema.

Fundamental, também, que o intérprete conheça o seu próprio ser e se autocompreenda, permitindo que o texto lhe apresente novos horizontes e amplie as possibilidades de interpretação inicialmente pensadas. Isso não significa abandonar os seus prévios conceitos, mas sim permitir que estes se debatam com outros

modelos interpretativos apresentados pelo próprio texto ou por outros com quem ele fala.

A análise de tais assuntos implica na consideração de virada de paradigmas, baseada na ruptura dos dogmas tradicionais para a construção de um novo direito. Isso se apresenta necessário, haja vista a preocupação com o ativismo judiciário refletir sobre qual é resultado de uma interpretação e aplicação do direito por juízes arbitrários que interpretam a norma de forma autoritária.

Fato esse que estimula a estabelecer uma reflexão sobre um debate e nos leva a construir uma estrutura identificável dentro da ideia de ciência do direito e a constante busca da justiça, igualdade, direito e moral, sob o entendimento de que as maiorias não devem impor suas vontades sobre as minorias, sem prejuízo à efetivação dos direitos fundamentais.

Referido pensamento voltado ao protagonismo judicial, apontando o juiz como o único responsável pela resolução sobre o conflito de interesses colocado diante do sistema jurídico, porém, não vem resistindo à evolução da Ciência Jurídica ao longo dos anos, haja vista que uma decisão jurídica mais legítima deve possibilitar a ampla participação de todos os atores processuais na formação do provimento.

Assim, acreditar que o juiz é o exclusivo garantidor das soluções conflituosas que lhe são submetidas por meio do exercício da atividade jurisdicional, pacificando as relações sociais, equivale a um pensamento desatualizado sem igual. Pois, o conceito de cognição, considerada como instituto jurídico umbilicalmente ligado ao exercício da atividade jurisdicional, passa pela necessidade de participação ativa dos atores processuais, a fim de que haja uma construção e legitimidade do provimento final sob uma vinculada argumentação racional vigente ao Estado Democrático de Direito.

Muitos desafios enfrentados pelo direito contemporâneo passaram pela necessidade de reflexão sobre bases históricas, políticas e teóricas do Processo Civil. Contudo, esse novo paradigma em que se busca uma prestação jurisdicional refletida de modo legítimo, baseada na participação de todos os atores processuais, verdadeiramente deve ser a perspectiva de uma nova dialética processual e não mais acobertada por um raciocínio ultrapassado sobre uma separação de papéis na estrutura processual, onde tenha o juiz, com maestria de comando de um lado, e as partes, do outro lado.

Olhando por essa perspectiva institucional, como enfrentar o paradoxo em buscar na figura do juiz, uma autoridade técnica para decidir o caso, mas admitir que, na condução do processo, ele possua discricionariedade racional?

## 2. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A TOMADA DA RACIONALIZAÇÃO E A NECESSIDADE ARGUMENTATIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS

A expressão hermenêutica adquiriu vários significados representativos no curso da história. Por meio dela, intenta-se adquirir uma linguagem acessível a algo que se pretende compreender, traduzindo outras linguagens e coisas, atribuindo-lhes um determinado sentido.

Juridicamente, a hermenêutica tem sido entendida como arte ou método que imprime orientações sobre a lei humana, como se fosse um sistema de regras para interpretação das leis, haja vista a tensão existente entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, razão pela qual fica demonstrada sua importância, uma vez que é do interesse público a aplicação fiel da lei ao pensamento do legislador.

Representando um lugar paradigmático entre os vetores filosóficos da filosofia da consciência, a hermenêutica e a interpretação, conforme apresentados no presente trabalho, levaram à busca pelo ser-no-mundo, pela compreensão como forma de interpretação e para a análise além das questões fundamentais da linguagem, desenvolvidas principalmente pela hermenêutica filosófica proposta pelos pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Utilizando-se de um exercício de compreensão decorrente de um processo filosófico e não mecânico, ou mediante uma atividade onde você atribui o sentido que quer, esse campo especulativo conquistou autonomia, pois contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento e evolução da Teoria da Interpretação, bem como para um aprofundado e teórico estudo da hermenêutica jurídica, a qual se apresenta tradicionalmente desenvolvida sob a perspectiva do sujeito intérprete.

A fim de reforçar o que exposto, tomemos como referência o conceito que Heidegger (2005, p. 2013) nos apresenta sobre o compreender e sua relação com a interpretação:

Enquanto abertura do pré, o compreender sempre diz respeito a todo o ser-no-mundo. Em todo compreender de mundo, a existência também está compreendida e vice-versa. Toda interpretação, ademais, move-se na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. Esse fato foi sempre observado na interpretação filológica, embora apenas nos setores dos modos derivados de compreensão e

interpretação. A interpretação filológica pertence ao âmbito do conhecimento científico. Esse conhecimento exige o rigor de uma demonstração fundamentada.

Em face de sua complexidade, o direito enquanto possibilidade de se constituir como regra jurídica e de se portar como instrumento de mera concretização de oportunidades iguais a todos, necessita de uma sensibilidade maior sobre sua compreensão e interpretação, restando racionalmente necessário considerarmos a sua essência em seus mais variados aspectos, haja vista a possibilidade de ser manipulado por poucos especialistas, o que frustraria os desejos dos menos privilegiados.

A Filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas realmente são, ou seja, por muitos séculos, percebe-se uma contribuição do pensamento filosófico sobre o que é verdade, e traçar as coordenadas que nos levam a adequada busca da resposta legítima e correta, em uma sociedade complexa e diversificada como a atual, nos obriga a pensar o direito de modo teoricamente fundamentado e mais unido a Ela. Isso nos faz compreender a importância da tradição histórica da hermenêutica interpretativa sobre as normas jurídicas, a qual nos remete para além dos conceitos dogmaticamente apresentados.

Indispensável, por isso, trabalhar a Teoria do Direito imbricada com pressupostos filosóficos, não de forma paralela, pois a Filosofia é no Direito e o Direito só terá sentido se ele for examinado a partir desse encontro em que a Filosofia passa a ser condição de possibilidade. Essa fragmentação do conhecimento, segundo o entendimento de Simioni (2011), é uma situação comum e bem-vinda, pois, uma única resposta correta ou uma autoridade com a verdade absoluta, já não faz mais uma relação harmoniosa com o grande número de possibilidades de perspectivas sobre a diversidade de comportamentos sociais e seus fenômenos.

A fim de reverberar nossas certezas ao melhor direito e aos princípios morais da atividade jurisdicional, há de ser esquecida a existência sobre um único pensamento entendido como perfeito, mesmo que compatibilizando o Direito com a Filosofia. Entretanto, não devemos afastar, todavia, as possíveis mutações sobre a compreensão e interpretação convergentes ao cenário prático historicamente vivido e até então trilhado aos seus melhores caminhos. Daí se extrai a importância da "experiência hermenêutica" desenvolvida por Gadamer.

Tema caro à hermenêutica filosófica e jurídica, o qual, por parte da Teoria do Direito brasileiro nem sempre recebeu ao longo da história um tratamento digno de sua importância, encontra-se inserida na epistemologia jusfilosófica adotada atualmente pela leitura de Lenio Luiz Streck, na qual se encontra em destaque o entendimento que Gadamer apresenta sobre a importância dessa tradição histórica da experiência hermenêutica. Vejamos:

A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós outros entenderão cada vez de maneira diferente<sup>23</sup>.

Assim, fica demonstrada a importância na continuidade e no desenvolvimento de um estudo e da teoria da interpretação, utilizando-se de boas dogmáticas e resgatando à obediência da continuidade da tradição, aprovando-se a junção entre experiência hermenêutica às novas e perspectivas interpretativas diferentes, haja vista que serão estes os fundamentais elementos para a construção de decisões judiciais mais legítimas e que auxiliarão efetivamente na delimitação dos amplos poderes discricionários e arbitrários advindos inadequadamente da atividade jurisdicional.

Entretanto, essa fonte de conhecimento que nos proporcionou padrões já conhecidos para além do paradigma da filosofia da consciência e nos levou a navegar no sentido da substituição de um vetor de racionalidade estruturante para uma racionalidade meramente instrumental ou lógico-argumentativa, alterou profundamente a concepção objetivista de mundo, retirando o sentido das coisas de suas substâncias e o colocando dentro da mente do sujeito.

Por isso, o referido método passou a ser o supremo momento da subjetividade e da possibilidade da certeza, se postando como resposta de como encontrar o caminho seguro para a verdade, iniciando uma espécie de autoconsciência do intérprete, o qual passou a fazer uso da hermenêutica filosófica apenas no sentido estrito e ilustrativo de sua palavra, inclusive na filosofia do direito,

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2011, pág. 265.

ou seja, o sujeito utiliza-se da hermenêutica filosófica apenas como um símbolo de racionalidade.

De outro modo, para que o jusfilósofo alcance os resultados esperados e construa uma teoria da verdade, uma teoria da realidade, uma linguagem e um método, é necessário que a hermenêutica filosófica se movimente no interior como um referencial teórico, e ao mesmo tempo caminhe no sentido da limitação do arbítrio e sua relação com a discricionariedade judicial na interpretação do direito na atividade jurisdicional, sendo esta, há tempos, uma das grandes problemáticas desafiadas pela Filosofia e pela Teoria do Direito.

Sabemos que na época da transição do absolutismo para o liberalismo (sécs. XVII e XVIII), a premissa de que o juiz teria que ser a *bouche de la loi*, expressão originada pelas palavras de Montesquieu, tinha suas razões, pois havia uma vinculação dos juízes à nobreza e a necessidade de obediência à lei supostamente apresentada como produto da vontade geral.

Consistida em uma atividade intervencionista, onde a monarquia impunha limites ao poder jurisdicional, caracterizava o juiz como um mero aplicador do texto da lei sem a possibilidade de interpretá-lo, bem como imputava um contexto sobre o qual os mesmos eram vistos como *longa manus* de reis absolutistas. Isso impedia que a interpretação fosse outra se não o desejo gramatical refletido pelo texto normativo.

Esse positivismo exegético separava direito e moral, confundia texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava dentre outros efeitos, da proibição de uma interpretação. Contudo, por meio da viragem linguística, perdeu sua força e abriu espaço para uma análise além da semântica do texto, o que possibilitou perceber que a verdade não está nos fatos. Porém, mesmo que originado no século passado, a quebra desse paradigma positivista continua sendo objeto de profundas reflexões e discussões, as quais, praticadas de forma retrocedente ou obscura, resultarão em problemáticas situadas na subjetividade do sujeito cognoscente sobre a interpretação jurídica dentro do atual período contemporâneo denominado neoconstitucionalista.

Porém, obedecer a uma lei e nortear sua interpretação à supremacia da Constituição é ser positivista? A *práxis* demonstra que o positivista se apega à lei e o crítico pós-positivista, que se utiliza dos princípios constitucionais, seria o modelo ideal de representação do Estado na atividade jurisdicional. Porém, neste último

caso, ao se encorajarem na busca dos valores, esses mal sabem que o que estão fazendo é a mesma coisa do velho positivismo fático. (STRECK, 2017).

Não se contesta aqui a positividade da norma enquanto a mesma é interpretada e aplicada como ponto de partida, ou seja, sopesada no princípio da legalidade. Entretanto, caso seja colocada em prática como último e absoluto argumento ou ponto de chegada, fica determinada como uma problemática baseada na ausência de intersubjetividade da interpretação sobre a norma jurídica, desqualificando a cultura jurídica contemporânea baseada em uma maior participação dos atores processuais na construção de sentidos mais legítimos do direito, e principalmente na desvalorização dos princípios constitucionais, os quais, apesar de se encarregam em nortear o intérprete da norma, são tomados pela emoção no momento da fundamentação da decisão.

Pelo exposto, se torna claro exigir algumas reflexões e a necessidade de se trabalhar a Filosofia e a Teoria do Direito em conjunto, antecedendo todo o processo de racionalização no âmbito do exercício do poder jurisdicional na atividade interpretativa.

Referida atividade jurisdicional, mesmo que investida de comportamentos e de responsabilidade política em tornar pública a sua compreensão, não deve ser apresentada com uma justificativa simplesmente, mas sim tornar explícito qual o critério interpretativo mais adequado para a análise e para o resultado do conflito em concreto, abrindo mão de pré-conceitos, historicidades pessoais ou argumentos subjetivos.

Ao defender essa ideia de que a atividade jurisdicional é um ato de responsabilidade política, ou seja, um ato de vontade, Kelsen (2009, p. 392) sustenta uma vertente ao argumento de que o problema da interpretação das normas jurídicas não pertence à Teoria do Direito, mas à política do Direito, regido por norma de moral ou de justiça, haja vista não haver qualquer critério jurídico com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura de interpretações de determinada norma possa ser preferida à outra.

Essa visão kelseniana, demonstra que a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito corresponde não a um ato de conhecimento, mas a um ato de vontade, que pode realizar não apenas "uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma

norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa". (KELSEN, 2009, p. 394).

Sobretudo, foi em decorrência dessa epistemologia de Kelsen, que o debate sobre a discricionariedade judicial ganhou um aspecto aprofundado na Teoria do Direito, considerando-se que, dentro de seus pressupostos teóricos, buscou afastar do campo científico toda e qualquer concepção de valor, o que traria pureza à sua Teoria sobre o direito.

Ademais, por meio de um artigo publicado no ano de 1956 por Herbert Hart, o qual se discutia referida temática com o Grupo de Debate de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Harvard, pode reconhecer a discricionariedade como originada pela própria ordem jurídica a partir dos limites da linguagem, mas que, em qualquer caso, não se tratava de eleição de um resultado jurídico por puro capricho pessoal do órgão julgador, exigindo uma justificação em razão dos meios ou uma eleição em razão dos resultados práticos obtidos.

Sobre esse exercício meramente político disfarçado sob uma capa de isenção, Brum (2018, p. 189) afirma que a escolha que mais respeita a democracia dentro da atividade jurisdicional é a que adote "uma postura hermenêuticamente responsável em se esforçar para trabalhar os pré-juízos de moral política (inevitáveis que são) em um ambiente de integridade e coerência do Direito, respeitando a autonomia desse saber".

Contudo e de modo favorável, tem se mostrado crescente a tentativa de diversos autores em edificar uma Hermenêutica Jurídica fundamentada na Hermenêutica Filosófica, haja vista que a interpretação jurídica exige reflexões, o que, diferentemente ou em caso contrário, nos remeteria ao risco da influência de uma dogmática jurídica de cunho exegetico.

Portanto, por se tratar de tarefa do jurista, estudos e pesquisas devem ser realizados no sentido de combater as possibilidades que a adoção desse caminho discricionário pode propor, pois, sob a prevalência da intersubjetividade dos atores processuais, a segurança e a legitimidade deixariam de ser conferida à atividade jurisdicional por ato de exclusivamente advindo da vontade do sujeito julgador.

Do pensamento trazido por Carlos Maximiliano (2018, p. 1), "a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito", parece lógico afirmar que sobre esses caminhos compreensíveis obtidos pelo homem acerca das

expressões do direito, é possível imputar regras que possam guiar o hermenêuta no ato interpretativo, ou seja, no momento da criação subjetiva do intérprete ou da objetividade do texto de lei, a fim de impedir falsas posições sobre o sentido do direito.

Constatada desde a época do direito romano e mantendo seu predomínio na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, onde o juiz se apresenta como um mero espectador do debate realizado entre as partes num processo caracterizado como instrumento particular de resolução de conflitos, a atividade jurisdicional tem seu trabalho limitado a identificar os casos submetidos a ela, e a partir de um raciocínio silogístico, adequar as regras aos fatos do conflito de interesses e julgar aplicando o sentido estabelecido por tais regras.

Contudo, o estudo sobre o processo judicial vem influenciando novos desenhos institucionais, e em razão da cultura jurídica contemporânea, percebemos a semente de uma nova compreensão de sua relação com o Código de Processo Civil brasileiro, o qual, além de promover uma maior valorização dos princípios constitucionais, amplia a participação ativa dos atores envolvidos no processo.

Referida postura vem apresentando recentes convergências e avanços relacionados à construção de resoluções mais legítimas sobre as controvérsias apresentadas no sentido da limitação do arbítrio e da discricionariedade na interpretação do direito.

Segundo o entendimento de Maurício Ferreira Cunha (2018, p. 235), essa ainda pequena convergência da comunidade jurídica ao que representa o ordenamento constitucional aos ideais da essência democrática processual, talvez se dê em razão do extenso e moroso caminho percorrido até que se chegasse à compreensão de que ao seu vínculo é necessário e decorrente de uma leitura sobre o texto constitucional.

Portanto, ao debruçarmos timidamente sobre o texto constitucional no ordenamento jurídico em geral, como solução adotada pelo positivismo jurídico, resta autorizar o magistrado a promover um julgamento discricionário, ou seja, estaria aquele autorizado a utilizar de sua consciência ou de seu senso de justiça para decidir de modo unilateral o caso concreto. Por isso, devemos superar a ideia de que a decisão judicial deve ser vista como ato de criação solitária pelo intérprete julgador.

Apontando uma crítica à postura autoritária do ato de julgar, o qual é compromissado a um tribunal de sua própria razão ou apenas a um ato de vontade do julgador, Streck (2017), defende que tanto as teorias quanto os enunciados performativos reducionistas ao ato de julgar à consciência do intérprete não poderiam passar despercebidos, ao qual, deveria ser utilizado um novo estilo de abordagem na Filosofia como condição de possibilidade de racionalização.

Se a lei é soberana e não a vontade dos homens, para se alcançar um posicionamento entre racionalidade e discricionariedade, devemos estabelecer reflexões sobre a existência de harmonia entre discricionariedade e racionalização, ou seja, uma atividade jurisdicional pode ser ao mesmo tempo produto da vontade e baseada em fatos ou razões? A razão elimina a livre manifestação da vontade? A discricionariedade não existe no campo do racionalismo? Para esses impasses, a hermenêutica se coloca como um instrumento dinâmico que permitirá uma aplicação mais justa na visão do Direito contemporâneo.

A hermenêutica filosófica se apresenta como um meio de reflexão que nos liberta das decisões judiciais articuladas num modo contingente, as quais possuem como finalidade atender aos interesses das estruturas ideológicas e de poder que envolvem o sistema jurídico, fundamentados em princípios constitucionais, bem como daquelas que se utilizam de critérios subjetivistas arbitrários e discricionários, cujos atos descaracterizam a legitimidade do julgamento.

Por isso, entende-se que na busca da consolidação de um regime verdadeiro, a ampliação da criação de um subjetivo sentido significante sobre o sentido objetivo do texto da norma jurídica, mediante uma maior participação dos atores processuais nas decisões, deve estar vinculado a reflexões interpretativas filosóficas e a questões prévias de racionalidade sobre a interpretação do Direito, a fim de impedir a arbitrariedade da atividade jurisdicional e que falsas posições sobre o sentido do direito sejam apresentadas.

Por não ser mera racionalidade instrumental, reconhece-se que a filosofia no direito não diz respeito apenas a analisar a técnica linguística apresentada ou os grandes problemas existentes na interpretação das normas jurídicas, mas sim um exercício constante de pensamento dos pressupostos e fundamentos jurídicos, de modo a analisar e discutir seus limites e demarcar seu campo correto de atuação.

Portanto, diante de tal contexto paradoxal, resgata-se uma importante crítica ao papel da técnica processual de julgar, pela qual, defende-se que sejam

naturalmente examinados os critérios que pautam a formação do conhecimento do julgador na atividade jurisdicional, pois, entende-se que motivação sem a fundamentação é insuficiente para que a liberdade não se degenere em arbítrio, e por si só, desatende ao controle racional da atividade jurisdicional.

Baseando-se nesse entendimento, entende-se que aqueles julgadores íntegros e comprometidos com garantias contrárias às arbitrariedades interpretativas, os quais constroem argumentos coerentes ao conjunto do direito, oferecendo respostas efetivamente jurídicas, não moral, econômica ou política, ao mesmo tempo devem proporcionar a garantia da isonomia em casos semelhantes e colocar impedimentos às condutas autoritárias que refletem apenas perspectivas individuais.

O direito, uma vez concebido como um sistema de regras e princípios não admite decisões excepcionais, não admite a discricionariedade judicial, uma vez que não há dentro dele, situação que não esteja regulada. Sob essa perspectiva da legalidade e de uma maior participação das partes, o poder jurisdicional nunca será apenas o emissor da voz da lei, e em conjunto com os demais intérpretes, encontrará legítima e democraticamente a segurança buscada pelo destinatário do direito.

## **2.1 Reflexões sobre o livre convencimento motivado na atividade jurisdicional**

Princípios constitucionais, destacando-se a fundamentação, ampla defesa e o contraditório devem ser efetivados, sobretudo para quem aposta em um juiz imparcial e que esteja livremente motivado para indicar os elementos de prova que ancorariam suas conclusões.

Diante dos estudos de Cunha (2018, p. 235), limitações devem ser imperiosamente respeitadas, dentre elas a vinculação ao exame do que tiver sido sustentado pelas partes; a que impõe a impossibilidade de o juiz se utilizar de conhecimentos obtidos fora dos autos para sustentar suas convicções; aquela que delimita os meios de prova em rol taxativo; a que impõe a racionalidade da análise dos elementos de prova; a obrigatoriedade de motivação dos provimentos.

Porém, apesar de acanhada relação entre a hermenêutica filosófica e a Teoria do Direito, especificamente no que se refere ao combate do arbítrio e da discricionariedade na atividade jurisdicional, a supremacia da Constituição

principiologicamente vem norteando as demais leis infraconstitucionais, como o atual Código de Processo Civil, e apostando na necessidade argumentativa em contraponto à discricionariedade judicial racionalizada.

Luís Roberto Barroso (2005), afirma que "tem assento no princípio da Supremacia da Constituição o entendimento de que todo ato jurídico ou manifestação de vontade incompatível com a Lei Maior deve ser declarado nulo", razão pela qual ressaltamos o seu posicionamento:

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Posteriormente a um longo e doloroso período de autoritarismo do sistema político, o debate acerca da supremacia normativa da Constituição chegou ao Brasil de maneira consistente apenas na década de 80, estabelecendo na Constituição Federal de 1988, uma proposta de Estado Democrático de Direito e apresentando algumas características político-institucionais inseridas em movimentos redemocráticos ocorridos em outros países pelo mundo.

O Estado Democrático de Direito pressupõe de princípios sociais, econômicos e políticos, bem como de uma estrutura normativa positivada de direitos, liberdades e garantias que configurem esse tipo de regime político. Logo, exige-se uma interpretação com especificidade própria sobre o texto constitucional, fundada em seus princípios estruturantes com o intuito de promover a objetivação e realização do projeto político-institucional nele previsto.

Em busca de critérios de legitimação da norma infraconstitucional, coube à doutrina e à jurisprudência, as quais produziram a partir da promulgação da Constituição, o mérito elevado de desenvolver uma dogmática rompedora com uma posição mais retrógrada, fazendo surgir destacadas modificações relacionadas à interpretação do direito como um todo, com nítida repercussão na legitimidade normativa processual.

Uma dessas novas compreensões é trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, mediante a participação ativa dos atores processuais em uma nova tradição jurídica, despontando como uma nova linguagem que torne possível o autêntico acontecer do ser do direito e motivando decisões mais legítimas, e ao mesmo tempo impondo limitações ao arbítrio e à discricionariedade na interpretação do direito.

Referida modificação, além de ser aplicada com consciência, demonstra ser ligada à história efetual e à fusão de horizontes previstas na tese gadameriana, as quais tornaram constitutiva a experiência da hermenêutica filosófica na segunda metade do século XX.

Essa tarefa colocada à comunidade jurídica atualmente, permanece como possibilidade aberta, a ser vivida, construída, no confronto entre a tradição do sentido comum teórico e o novo paradigma hermenêutico estabelecido pelo abandono do livre convencimento motivado pelo CPC/2015, segundo Douglas Roberto Martins (2018, p. 257).

Importante ressaltar que, diante do problema da manifestação da verdade na atividade jurisdicional, não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete ou julgar conforme sua consciência, como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva. Por isso, soa como um dever da comunidade jurídica construir uma nova linguagem que permita exprimir essa virada interpretativa como um novo cenário e necessário paradigma, superando o senso comum e teórico estabelecido pelo livre convencimento motivado, de onde se extrai a entrega do melhor direito à exclusiva subjetividade do julgador.

O livre convencimento, nas palavras de Streck (2018) deve ser exorcizado, pois "pensar sobre este tema e formular respostas são demandas para todos aqueles que levam o Direito a sério, sendo este escrito também um convite ao diálogo". Em defesa de sua tese, Streck ainda afirma que "Direito não é moral, não é política, tampouco economia. Há nele uma autonomia que limita estes agentes exógenos/endógenos que procuram dominá-lo".

Do liberalismo processual, onde o juiz era um mero espectador do debate realizado entre as partes, introduzido no processo caracterizado como instrumento particular de resolução de conflitos e protagonizando o privilégio cognitivo do julgado em detrimento dos sujeitos processuais, o desenvolvimento de uma reflexão crítica sobre o problema da intersubjetividade na interpretação jurídica, vem demonstrando uma alteração sobre esse protagonismo judicial e concretizando em um moderno sentido do direito.

Entretanto, apesar de que uma mudança legislativa venha sendo frutificada, é importante que o jurista e o cientista do direito passem a trabalhar e contribuir para a alteração da atual cultura de práticas autoritárias e de domínio sobre os sentidos do direito fixadas na atividade jurisdicional.

Para isso, torna-se fundamental, portanto, delimitar a discricionariedade e o alcance quanto à interpretação do direito, haja vista que, em alguns casos, a dogmática jurídica refletida pelo paradigma da filosofia da consciência ignora o texto legislado e representa apenas o que o sujeito diz sobre esses textos, o que caracteriza uma subjetividade sobre a qual esse sujeito se vê autorizado a dizer qualquer coisa.

Quanto a esse paradigma da filosofia da consciência enraizado por parte da dogmática jurídica na atividade jurisdicional, Martins (2018, p. 257) considera que:

Aparentemente, os Juízes e Tribunais têm evitado enfrentar essa questão central do NCP. É compreensível que a inovação necessite 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.

Sabemos que a discricionariedade judicial há muito vem batendo em nossas portas, vigorosa na forma de absolutismo judicial, determinando violações espúrias à Constituição, às leis, a moral e à ética. Em razão disso, "ou abraçamos o Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionais do processo já firmadas na Constituição e agora previstas no CPC/2015, ou continuaremos reféns de *super-juízes*, de "bons ativismos" ou da "boa consciência" daquele que decide" (BAHIA *et al*, 2018, p. 27).

Atualmente, se torna insustentável e teratológica por parte de alguns juristas, permanecer no pensamento de um mero dever de motivação das decisões judiciais, uma vez que não abraçaram de modo aprofundado as normas democráticas trazidas pela Constituição de 1988 e pelo CPC/2015, resistindo ou talvez ignorando uma legitimidade processual baseada num provimento fundamentado.

Para a perspectiva teórica pautada nas exigências de busca pela resposta correta para o caso *sub judice*, a proposta em superar a ideia de decisão simplesmente motivada com base nas exigências normativas de um modo geral, para um modelo constitucional de processo legítimo baseado na valorização dos princípios constitucionais, ou seja, para uma correta compreensão do que vem a ser um provimento fundamentado, tanto a luz de uma teoria hermenêutica quanto

processual democrática, contemplada pela participação ativa dos atores processuais, na construção de decisões judiciais mais legítimas, supera a era do poder absoluto dos juízes e a supremacia decorrente do protagonismo judicial.

Assim sendo, a ordem normativa que prevê a obrigatoriedade de motivação e em fundamentar os atos decisórios, bem como sua correspondente publicidade, cujos referidos pressupostos encontram-se amparados pelo inciso IX do Artigo 93 da Constituição Federal de 1988, dispondo, expressamente, que todas as decisões dos órgãos judiciais serão devidamente fundamentadas, aponta a institucionalização constitucional efetiva de um provimento jurisdicional fundamentado, o qual não pode ser vislumbrado como um simples instrumento à disposição do Estado para, única e exclusivamente, atingir escopos metajurídicos mediante atividade do órgão judiciário. (CUNHA, 2018).

Uma posição mais crítica e uma interpretação mais radical quanto ao que prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal é apresentada por Lenio Streck (2017, 120), descrevendo que "uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (sic); antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma!", sob a justificativa de que, mesmo havendo um princípio constitucional que obriga a fundamentação das decisões, ainda existam ordenamentos infraconstitucionais que permitam saneá-las por meio de embargos de declaração, um fenômeno da "baixa constitucionalidade", segundo o autor.

De outra forma, referido texto constitucional motivou uma mudança de mentalidade e fortaleceu o embasamento para a adoção de um sistema mais legítimo, onde a decisão não pode ser fruto de uma escolha que será posteriormente justificada. De outro modo e preservando sua autonomia, ela deverá ser consequência da análise do direito, das regras e princípios constitucionais, substituindo qualquer razão *solipsista* por uma ampla construção do direito.

Segundo Cunha (2018, p. 242), a obrigatoriedade de uma decisão judicial motivada e fundamentada é vital para a configuração de um Estado Democrático de Direito, pois, além de exercer uma situação totalmente compatível e dimensionada pelos princípios constitucionais, o que inclui a participação isonômica das partes na construção do provimento, objetiva o afastamento do arbítrio judicial.

Portanto, entendemos que uma decisão balizada aos ordenamentos constitucionais é antes de tudo, atribuída de legitimidade nos argumentos, teses e provas produzidas por ambas as partes, visto que tais atores processuais

participaram cooperativamente em contraditório e na construção do provimento judicial.

Uma sentença judicial fundamentada é uma representação argumentativa da democracia advinda de uma interpretação adequada da lei. Enganam-se aqueles que colocam isso como se o juiz fosse um ser escravo do texto normativo. Assim, quem respeita as regras constitucionais, sobretudo aquele que está relacionado com o princípio de que "todo poder emana do povo e em seu nome será exercido", e a garantia constitucional da fundamentação das decisões, prevista no Art. 93, IX da CF, deve lutar pela aplicação do referido parágrafo.

Por isso, tem-se como um das grandes apostas para a eliminação da arbitrariedade e enquadramento da atividade jurisdicional nos ditames do Estado Democrático de Direito, a regulamentação de uma fundamentação com caráter argumentativo e a noção de que o contraditório é entendido como direito de participação na construção jurisdicional, ou seja, os argumentos das partes devem ser levados em conta no momento da produção jurídica, não sendo eles apenas pretextos para a decisão.

Como anotado por Konrad Hesse em defesa da força normativa da Constituição (1991, p. 19), desenvolvendo poeticamente seu olhar não apenas para uma realidade a ela adaptável inteligentemente, observamos que o êxito da norma constitucional se torna ativa quando impõe condutas por ela estabelecidas. Vejamos:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Com base no que acima exposto, o pressuposto constitucional previsto em seu Artigo 93, inciso IX, tomado em conjunto com as mudanças promovidas pela Lei nº 13.105/2015, em especial aquelas trazidas pelos artigos 11, 371, 489 e 926, não nos deixa dúvida de que outras portas foram abertas para uma nova teoria comprometida com a legitimação do direito, incluindo a fundamentação entre os requisitos estruturais da sentença.

Em razão disso, compreendemos que as decisões judiciais se constituíam em decisões mais legítimas, uma vez que o modelo centrado na intersubjetividade dos intérpretes seria ampliado e a participação dos atores processuais na sua construção mais valorizada. Com isso, fica claro que a viragem linguística promovida pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica ganha um horizonte de possibilidade para ingressar definitivamente na dogmática jurídica brasileira. (MARTINS, 2018).

A presente reflexão não objetiva retirar do intérprete julgador, os poderes constitucionalmente previstos por um Estado Democrático de Direito quando da apreciação do conflito de interesses no caso concreto, haja vista ser inerente ao ato de julgar, entretanto, pretende-se reforçar as tese daqueles que entendem ser necessário surgir um novo modelo de intersubjetividade, ou seja, um modelo constituído por um novo paradigma, o qual fortaleceria o papel das partes na construção de decisões judiciais mais legítimas, cooperando e se esforçando junto ao magistrado em defender e não desviar das garantias constitucionais.

Além disso, e ainda sob o entendimento de Martins (2018, p. 257), a crença de uma "verdade real" buscada pelo juiz, a qual é formada subjetivamente a partir de sua consciência, mantinha-se preso ao esquema sujeito-objeto, à metafísica da Filosofia da Consciência e divergente à viragem ontológico-linguística.

Desse modo, parece lógico afirmar que, segundo o entendimento do autor, atribuições arbitrárias de sentidos e o enfraquecimento dos textos legais e constitucionais, deixam de preservar a autonomia do direito e justificavam as decisões solipsistas, as quais substituem uma construção intersubjetiva do direito.

Assim, caso haja omissão dos juristas em geral e insistência em práticas reiteradamente reproduzidas por um paradigma superado, o qual é fundado no esquema sujeito-objeto em detrimento de uma radical e necessária mudança de rumos na complexa sociedade atual, pressupostos e fundamentos constitucionais seriam violados e o acontecer do direito continuaria contrariado, o que justifica a arbitrariedade e a inadmissibilidade de decisões motivadas ausentes de fundamentações.

Ao encontro da limitação do arbítrio e da discricionariedade na interpretação jurisdicional, tema como o do livre convencimento motivado deve ser abordado, pois, além de apenas justificar decisões, deixa de demonstrar com clareza os motivos e os fundamentos da convicção no ato de julgar.

Na visão de Mateus Costa Pereira (2018, p. 49) "o sistema do livre convencimento tem como premissa a relativa liberdade do juiz ao avaliar os meios de prova à luz do caso concreto, estando limitado pelas regras da experiência, da lógica e da ciência, além de se lhe impor a fundamentação".

Indo além desse pensamento, para Lenio Streck (2017, p. 56), "o principal problema aparece quando se procura determinar como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial" e sugere a seguinte reflexão:

A decisão não pode ser "o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo". Daí a minha indagação: de que adianta afirmar um novo modo de "gestão da prova" se o sentido a ser definido sobre o "produto final" dessa "gestão probatória" permanece a cargo de um "inquisidor de segundo grau" que possui "livre convencimento"?

Na realidade, estamos diante de um verdadeiro paradoxo, pois como é possível dizer algo se não se está vinculado a nenhum elemento que faça compreender ao intérprete? Propõe-se, assim, em firmar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e na superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico.

Por outro lado, a garantia constitucional do dever de fundamentação, prevista no Art. 93, IX da Constituição Federal não deve sofrer mitigações, sobre o qual, a decisão proferida por todo o processo judicial estaria acobertada pela correta apuração dos fatos e adequada a uma maior correspondência entre as normas e seu suporte fático, o que torna o processo um tanto mais legítimo. Demonstrando que referida regra jurídico-constitucional apresenta-se como uma quebra de paradigma dentro da legislação brasileira no combate da arbitrariedade.

Entretanto, subsistem em muitos ordenamentos jurídicos, mitigações, enunciados distorcidos, incoerência na integridade do direito, sobre os quais, inclusive, construídos muito antes do novo Código de Processo Civil, continuam a ignorar e corromper por completo as respostas adequadas à Constituição e ao direito.

Essas interpretações sobre o direito continuam sucumbindo a opiniões morais, políticas e econômicas dos julgadores, resultando em decisões lotéricas, em insegurança jurídica e imprevisibilidade, pois a simples reprodução de dispositivos como razões definitivas de dever ser e de discursos jurídicos fantasiosos, relutam diante do fato em concreto e deixam de expor as reais causas que asseguram a legitimidade da motivação.

A maior garantia possível de justiça na prestação jurisdicional está na fundamentação, pois, além de se assegurar a legitimidade das fontes de convencimento, demonstra que se decidiu conforme o alegado e provado. Com isso, se evita a formação do convencimento privado quando do julgamento e da apreciação do juiz, correspondendo à máxima "garantia da excelência da verdade declarada na sentença", e ademais, radicando a legitimidade do juiz. (PEREIRA, 2018).

Considerada como uma faceta do ativismo judicial por Lenio Streck e mesmo que simbolicamente expurgado com o advento do CPC/2015, regra do tipo "o juiz formará livremente o seu convencimento", tratada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1939, apesar de evidentemente contrastada com as ideias desenvolvidas contemporaneamente, induzem parte da doutrina a não desenvolver temas que abordem a prática do livre convencimento adequado a uma legitimidade na decisão, ainda que conformada por um paradigma superado.

Quanto à necessidade de evolução e de um maior desenvolvimento dos estudos voltados para a delimitação da discricionariedade na interpretação do direito, abdicando-se de práticas que se quer dar como novas e paradigmas superados, sustenta-se que:

E não se trata de uma corruptela, pois o livre convencimento supõe a hipertrofia do sujeito cognoscente (jugador), autorizando a escolha do material que considere relevante. Daí porque, sob a égide da ordem processual revogada, difundiu-se a lamentável e risível crença de que o juiz não seria obrigado a examinar as construções argumentativas das partes, sendo suficiente a exposição concisa e coerente dos motivos que alicerçariam suas conclusões. É o momento de perflustrar os autores que pensaram o tema a partir da realidade brasileira. (PEREIRA, 2018).

Vale ainda destacar que, para Streck (2018, p. 13), "não obstante a evidente mudança de cenário, é de espantar que muitos processualistas civis continuem a dizer que, mesmo que o texto do novo Código de Processo Civil tenha expungido o "livre convencimento", este se mantém na prática", demonstrando que o fruto de uma conquista filosófica-epistemológica não resultou em ganhos profundos na delimitação do arbítrio e da discricionariedade na interpretação do direito.

Sendo a jurisdição um poder e uma função exercidos pelo Estado, o livre convencimento do intérprete julgador precisa ser fundamentado, pois constitui-se no principal mecanismo para resistir diante aos inconvenientes da íntima convicção. Referida assertiva tem relação com a atividade de valorar a prova e interpretar os

direitos, e mesmo que por serem modos de agir diversos, impõem a exigência de respeito à integridade e à coerência do direito.

Ao defender a ideia da fundamentação com caráter argumentativo, Flávio Quinaud Pedron (2018, p. 75) nos apresenta a ideia de que é necessário diferenciar a fundamentação válida de explicar a decisão, pois esta confere apenas uma falsa aparência de validade. Isso ocorre quando o juiz repete o texto normativo que lhe pareceu adequado sem justificar a escolha ou quando não vai além do que faria se não explicasse de forma alguma o motivo da decisão.

Sobre a fundamentação de uma decisão, diz Streck (2009) que:

jamais uma decisão pode ser do tipo "Defiro com base na lei x ou na súmula y". Essa escolha "livre" de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, o mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitaria a interpretação dada pela parte sucumbente.

Com o objetivo de fixar a decisão juridicamente correta para o caso concreto, a fundamentação se torna o meio pelo qual é trazido às partes, as razões pelas quais foram aceitas ou rejeitadas as interpretações e compreensões da norma jurídica estabelecidas por elas, e não para declarar o que determinado julgador acha sobre o direito, o que caracterizaria um posicionamento pessoal do julgador.

Assim, a partir da constitucionalização do princípio fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convencimento motivado ou em decidir conforme a própria consciência.

Considerando uma possível reconstrução do sentido da decisão jurídica e utilizando-se da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, pela qual, as importantes transformações no direito decorrem das mudanças institucionais e nas organizações que ocupam os espaços de produção de sentido do direito, Simioni (2017) nos apresenta a seguinte definição:

Interpretar é projetar as possibilidades de uma argumentação. Interpretamos tudo aquilo que podemos argumentar. E argumentar é projetar as possibilidades de uma decisão. Decidimos aquilo que podemos argumentar. É decidir é escolher uma dentre outras possibilidades de interpretação bem argumentadas (bem fundamentadas). Por isso há uma relação circular entre interpretação, argumentação e decisão. Há uma relação autorreferencial entre essas três operações que, no fundo, acontecem de modo simultâneo, sem um começo absoluto ou um fim

necessário: interpreta-se o que se pode argumentar para uma decisão, ao mesmo tempo em que se decide o que se pode argumentar a respeito de uma interpretação possível. Uma operação é horizonte da outra. Uma delimita as condições de possibilidade da outra, sem um ponto de partida pré-estabelecido ou um ponto de chegada necessário.

Em se tratando de descobrir a verdade no caso concreto, o real papel do processo cooperativo na construção de diálogo e de exercício direto do poder pela sociedade livre, justa e solidária em um Estado Democrático de Direito, demonstra ser incompatível a posição da jurisdição como centro do processo civil, mesmo porque, em assim procedendo, a opção seria adotar uma visão unilateral, a qual reduziria a dimensão democrática de participação e de efetiva influência que se conseguiu alcançar atualmente.

Assim, defende-se que uma maior valorização na participação dos atores processuais na construção intersubjetiva de decisões jurídicas mais legítimas, torna impossível a atividade jurisdicional adstrita à vontade das partes.

Além disso, o formato ideal da atividade procedimental na construção de uma decisão judicial, deve estar adaptado ao que previsto pelo ordenamento jurídico constitucional, dispensando os critérios exclusivamente subjetivos do julgador, e desenvolvido mediante a apreciação de todas as questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelos atores processuais.

Referido entendimento encontra-se reforçado pelo pensamento de que o trabalho cognitivo probatório, para que se realize de forma absoluta, demanda a colaboração dos sujeitos processuais nele envolvidos, segundo Cunha (2018, p. 225), portanto, é importante dizer que a participação concreta das partes no exercício do contraditório e proporcionando uma postura interpretativa, conjugada à participação do responsável pela prolação do provimento, somente reforça a relevância do papel desempenhado pelo órgão jurisdicional.

Dessa forma, mesmo que a legislação conceda poderes ao julgador para atuar de ofício em alguns casos, não significa dizer que este possua uma espécie de carta branca para dizer qualquer coisa, muito menos que houve à intenção de transformá-lo em dono do processo.

Nos dizeres de Martins (2018, p.257), "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", haja vista que em um Estado Democrático de Direito e

com uma Constituição compromissória como a brasileira, não é plausível pensar a figura do julgador em uma posição afastada ou acima das partes.

Em suma, o alcance conferido à motivação dos provimentos passa, necessariamente, pela legitimidade de uma fundamentação racional imperativa, constituída decorrentemente em razão do caráter argumentativo e formulado democraticamente pelas partes, pela observância do exercício da jurisdição através do devido processo constitucional, e também, pela compreensão de que o procedimento deve se desenvolver de forma compartilhada entre os sujeitos processuais, tudo a justificar a atuação do órgão jurisdicional.

Entretanto, como regra, a presença de comandos normativos processuais que promovem a arbitrariedade, do tipo "livre convencimento" e "juiz como destinatário das provas", dão enorme margem à discricionariedade que podem se transformar em atitudes despóticas na condução do processo, o qual é considerado por muitos como instrumento da pacificação social.

Assim, apesar da presença da terminologia livre convencimento motivado estar no ordenamento processual desde o texto do CPC/39, em seu art. 118 e de sua manutenção no CPC/73, em seu art. 131, algumas propostas ao enfrentamento da discricionariedade estampada nas decisões judiciais possuem destaque nos tempos atuais. Referidas propostas, além de concentrar discussões sobre o critério interpretativo do julgador e sobre o paradigma jurídico principiológico constitucional, trouxe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e aboliu referida regra no ordenamento processual sancionado em 2015.

### **3. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A INTERSUBJETIVIDADE SOBREPOSTAS PELA UTILIZAÇÃO DISCRICIONÁRIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

A aplicação da hermenêutica filosófica, construída nos últimos cem anos por importantes matrizes hermenêuticas desde Heidegger e Gadamer, vem sendo projetada por um modo mais significativo e baseada em uma abertura metodológica interpretativa, porém, referidos métodos científicos apontam para uma sensação ideológica de objetividade, de certeza ou de segurança interpretativa do direito sem a apresentação de um sentido predefinido.

Seguindo o entendimento de Simioni (2015):

"os discursos metodológicos sobre a interpretação jurídica se pulverizaram. Até podemos reuni-los sob o nome de pós-positivismo, desde que tenhamos consciência de que se trata de uma constelação de discursos metodológicos e filosóficos sobre a interpretação jurídica, sem nenhuma perspectiva de conciliação e sem sequer uma unidade".

Em decorrência dessa multiplicidade de discursos transitórios originados por uma espécie de competição pós-positivista, o que demonstra um ímpeto por uma resposta convincente em face da tensão existente entre segurança e legitimidade na decisão jurídica, muitas concepções foram apresentadas para os contemporâneos problemas de interpretação da norma jurídica.

Dentre essas maneiras de apresentar uma prestação positiva, sob a perspectiva do Estado juiz, princípios constitucionais passaram a ser descritos como métodos paradigmáticos e incontestáveis de interpretação sobre o direito, despontando como propósitos fundamentadores no exercício da atividade jurisdicional, em outras palavras, os princípios passaram a ser cada vez mais utilizados como verdadeiros guias para se desvendar os sentidos dos textos jurídicos existentes nas decisões, gerando uma sobreposição da hermenêutica filosófica em decorrência de sua utilização em demasia.

Contudo, utilizando-se das lições de Miguel Reale (1994, p. 114), de onde se extrai que o comum propósito de uma objetiva conexão entre meios e fins, ou seja, entre a realidade e a ideia de justiça, além de esclarecer o significado das regras positivas, da correção, da continuidade na atualização da operabilidade da interpretação, o significado prático dado à tarefa interpretativa, a hermenêutica jurídica é colocada como uma proposta ao enfrentamento da discricionariedade

positivista e se apresenta como produtora da integridade do direito consubstanciado pelas regras e princípios comandados pela Constituição.

Referido enfrentamento à arbitrariedade não implica dizer que as decisões judiciais serão controladas, tampouco está sendo atribuída uma proibição de interpretar ou conceder autorização para uma reprodução livre do sentido do texto legal, pois, conforme as lições de Gadamer, antes de dizer algo sobre o texto, deve-se deixar que o texto diga algo ao intérprete, ou, em outros termos, devemos ressaltar que "nem de longe o mundo é tão simples quanto a divisão entre exegese e não exegese". (STRECK, 2017).

Somada a isso e em busca da eliminação da arbitrariedade judicial, outro ponto a ser destacado é o decorrente da participação ativa dos atores processuais na função jurídico-processual como intérprete do direito, apontando questionamentos sobre o regramento jurídico apresentado.

Isso mostra um rompimento ao caráter arbitrário de condução processual, pois representam uma amplitude na reconstrução dos sentidos dos textos "entificados" e um rompimento com a impessoalidade daqueles que procuram dominá-lo, em razão de seu vasto e mais aprofundado conhecimento.

Diante desse contexto, entende-se sobremaneira e sem excessos, que os sentidos apresentados pelo ato normativo em geral, devem, obrigatoriamente, oferecer uma regra a ser interpretada de acordo com a Constituição.

Essa interpretação das leis em conformidade com a Constituição, segundo Canotilho (2002) "é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducedente a um juízo de compatibilidade do ato normativo com a Constituição." Para ele, a fim de que seja conferido um sentido às regras normativas descritas na constituição, sugere-se adotar os seguintes sentidos e conceitos básicos:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes na interpretação a constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade - atividade complexa - que se traduz fundamentalmente na descrição de um significado a um enunciado ou disposição linguística ("texto da norma"); (3) o produto do ato de interpretar é o significado atribuído. A definição do texto põe em relevo a componente descritivo-decisória da interpretação, afastando-se de uma concepção de interpretação como atividade meramente cognoscitiva ou dirigida ao conhecimento.

Entretanto, em razão da evolução considerável dos métodos científicos sobre a interpretação jurídica nas últimas décadas, a dogmática jurídica, a qual é considerada como a principal responsável pela consolidação das escolhas interpretativas do direito, é apresentada por esses tradicionais manuais sem conseguir sequer acompanhar suas novas dinâmicas. Segundo Vicente Barreto (1996), "os chamados métodos hermenêuticos tradicionais não atendem em toda a sua abrangência os objetivos das constituições de sociedades comprometidas com a construção da democracia".

Por isso, instrumentos de controle sobre as decisões judiciais é uma questão de legitimidade dentro de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, além de impor limitações na atividade interpretativa, no desejo de que não haja distorção do conteúdo da lei ou até da Constituição, concederá amplitude e fará jus ao princípio da fundamentação das decisões judiciais que, obviamente, não despostrará livremente do julgador.

Isso tudo se mostra indispensável, porque, contemporaneamente, denota-se sobre as condições de possibilidade da decisão jurídica, uma entrega ao sentido do direito amparado em fundamentações apresentadas por decisões judiciais concentradas desmedidamente em princípios constitucionais, porém, ausentes de unidade ao anti-discricionarismo e a um método hermenêutico.

Além disso, o modelo de solução para a fundamentação das decisões judiciais apresentado pelos manuais de direito processual, segundo os ensinamentos de Simioni (2011), é o "velho silogismo aristotélico - recomendado na época da escola da exegese do início do século XIX, da premissa maior, premissa menor e conclusão".

Todavia, o provimento estatal que tem por objetivo uma suposta e pretensão pacificação social, numa sociedade pluralista e complexa como esta em que vivemos, deve estar permeado, acima de qualquer outra situação, pela liberdade de manifestação de todos que nele estarão diretamente envolvidos.

Em razão disso, torna-se importante desenvolver reflexões sobre essa metodologia hermenêutica e que esteja na realidade atenta às características da sociedade pluralista e democrática, haja vista que, diante de uma concretização da legitimidade desejada pela atividade jurisdicional, detentora de um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma, sujeitar-se a uma

subjetividade de modo abstrato, como se os sentidos a serem atribuídos ao direito fossem frutos da vontade exclusiva do intérprete, teríamos de dar razão às conclusões kelsenianas, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um problema de vontade, ou seja, a interpretação se daria como ato de vontade.

Diante da problemática da interpretação do direito voltada muito mais para a dimensão semântica do que sintática, Kelsen, constatando o aparecimento da interpretação do direito eivada de subjetivismos provenientes de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos, algo impossível de ser corrigido segundo ele, reforça, no famoso capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, que as normas jurídicas, que não equivalem à lei, são aplicadas no âmbito de sua "moldura semântica".

A fim de reforçar tal pensamento, há um suposto indiscutível no discurso kelseniano, no sentido de que os juízes possuem, desde sempre, uma autoridade para produzir interpretações jurídicas inclusive sobre os próprios limites da interpretação jurídica. Um pressuposto ligado à noção de que todos os magistrados são virtualmente capacitados e comprometidos com a realização prática do direito, independente de habilidades e virtudes pessoais.

Referida tese foi entendida de maneira vulgata por quase toda a comunidade jurídica, haja vista que, ainda hoje, alguns juristas demonstram ter abstraído esse entendimento sob a perspectiva de que o juiz deva fazer uma interpretação "pura" da lei.

Mesmo sendo um dos maiores juristas do século XX, o qual apresentou, além da tese supramencionada, que direito é norma jurídica e nada mais do que norma, ou o normativismo hierárquico, da pirâmide das normas jurídicas, compreende-se, que a interpretação do sujeito intérprete na atividade jurisdicional, sob a perspectiva de um "ato de vontade", faz morada a discricionariedade positiva e coloca-se acima do legítimo sentido da norma jurídica.

Por isso, acolhe-se a proposta do cientista do direito sob a perspectiva de realizar um ato epistêmico que questiona tanto a interpretação, bem como a validade dos enunciados jurídicos tendenciosos, baseados em um paradigma da filosofia da consciência que ignora o texto legislado e apresenta sua convicção jurídica amparada na discricionariedade.

Assim, defende-se um progresso considerável em um Estado Democrático de Direito e cumpridor do sentido da norma constitucional, levando-se em conta os

necessários valores positivados para a objetivação de qualquer conteúdo normativo constitucional, considerando-se impróprias as referências ideológicas que ultrapassem a Constituição, pois, além de não apresentar ideologia homogênea por todo o seu ordenamento jurídico, a utilização de referências ideológicas leva o intérprete ao campo das concepções subjetivistas.

Grande parte dos juristas brasileiros, convergentes à era dos princípios constitucionais, a qual é decorrente de uma revolução paradigmática ocorrida no direito após os anos 50 da última década, optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como um suporte aos valores da sociedade, cuja expressão não seria do conhecimento de ninguém, segundo Streck (2017, p. 555). Segundo o entendimento de Simioni, (2015), esses princípios constitucionais passaram a ser cada vez mais invocados "como guias para se descobrir o "verdadeiro" sentido dos textos jurídicos".

De acordo ainda com Streck (2017), "sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a "era da abertura interpretativa", a "era da criação judiciária", os quais passaram a ser apresentados como uma derivação de uma discricionariedade positivada.

Em decorrência disso, uma dimensão interpretativa pós-positivista, no desejo de apresentar interpretações supostamente corretas do direito e uma legitimidade nas decisões jurídicas, restituiu-se à primitiva condição das velhas teses baseadas nas teorias positivistas clássicas e abdicando-se de estabelecer racionalidade nas relações entre os elementos apresentados no caso concreto, eclodiram em uma espécie de protagonismo dos juízes em pleno paradigma da intersubjetividade<sup>24</sup>, trazendo consigo a contaminação da discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão.

Porém, um grande problema ocorre quando as normas jurídicas e o Direito apresentam-se incompletos, a partir das transformações paradigmáticas, o que exige a suplementação por referências de sentido de outros sistemas simbólicos. Isso justifica o discurso neoconstitucionalista quando ocorre a institucionalização de uma nova camada do interior do sistema simbólico do direito, atribuindo aos princípios uma condição de norma superior à da Constituição, denotando um sentido

---

<sup>24</sup> Intersubjetividade é a reunião de ideias subjetivas (individuais) em relação ao objeto de estudo.

de positividade como forma de garantir valor, unidade, coerência e consistência dos processos de construção interpretativa do direito.

Não se pode olvidar a "tendência" contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse "incentivo" doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de Jurisprudência de Valores. (STRECK, 2017).

Como produto dessa intersubjetividade, portanto, entende-se que o melhor sentido sobre as leis e para o direito em geral, não deve depender da opinião pessoal de um indivíduo isolado, que investido na função de juiz, acredita possuir força de convicção nos argumentos jurídicos em decorrência dos fenômenos provocados pelas leis ou pelos fenômenos sociais.

Defendendo a ideia da intersubjetividade como uma espécie de mecanismo de controle sobre a interpretação do juiz, Lenio Streck (2017), nos apresenta o seguinte entendimento:

Se o método, para o paradigma da filosofia da consciência, é/foi o supremo momento da subjetividade, decretar a sua superação, como magistralmente fez Gadamer, não quer dizer que, a partir de então, seja possível "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa" ou "qualquer coisa que a consciência nos impõe". Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico.

Com base nessa leitura, pretende-se reverberar que o que realmente importa é analisar exatamente como os juízes decidem, é demonstrar como controlam os regimes de verdade que comandam os seus referentes interpretativos, ainda que metaforicamente como a virtude de um juiz Hércules dworkiniano, ou seja, torna-se relevante refletir sobre como as concepções metodológicas da prática jurídica sobre as interpretações jurídicas estão sendo reproduzidas pela suposta liberdade interpretativa do sujeito que atua na atividade jurisdicional e aplica abstratamente os princípios constitucionais.

Mencionada tese metafórica de Ronald Dworkin, apresenta uma proposta na qual é atribuído ao juiz imaginário, batizado de juiz Hércules<sup>25</sup>, uma capacidade de usar sua sabedoria e paciência em busca da resposta correta para suas sentenças,

---

<sup>25</sup> "O Brasil é o único país do mundo que colocou uma tese ou teoria (pela metade, na verdade, uma vulgata do original) no texto de seu CPC". STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme a consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pág. 61.

a qual, além de levar em conta todos os argumentos trazidos pelas partes no processo, bem como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista probatório-fático, deverá também procurar reconstruir a história institucional, verificando como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, o que ampliaria o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história.

Esses precedentes hermenêuticos sinalizam a existência de uma história do próprio direito que está sendo discutido e coloca o magistrado como um membro de um empreendimento coparticipativo de uma história construída a várias mãos, onde Hércules fará a sua parte e adicionará um novo capítulo desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem reinventá-la.

O desafio de Hércules é apresentar ao final, uma decisão pautada por meio de leis e seguindo as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado, demonstrando uma abertura hermenêutica por meio de um diálogo com as partes do processo e com a história da aquela sociedade, além de preservar condições para que os próximos juízes, nos próximos casos, continuem o empenho de melhorar a decisão. É isso que Dworkin quer dizer quando fala em única resposta correta ou na melhor decisão judicial<sup>26</sup>.

Percebe-se, por essa metáfora, que o espaço da discricionariedade é eliminado para dar lugar a um espaço hermenêutico e argumentativo. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição.

Referido sujeito intérprete que age de modo discricionário, mesmo que inserido contemporaneamente na intersubjetividade, continua arbitrariamente dizendo o sentido do mundo jurídico a partir de sua linguagem privada e demonstrando que o grande problema é que se você tem o poder, você pode dar às palavras o sentido que quer, principalmente se você decide e diz a palavra por último, como é o caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e diante disso, muda até a realidade.

A presente crítica não deseja retirar algo inerente à atividade de julgar concedida aos juízes quando da apreciação do caso concreto, o que seria um tanto

---

<sup>26</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, pag. 75.

quanto inocente, porém, seguindo o formato da linha de pensamento utilizado pelo fundamento de Mateus Costa Pereira (2018, p. 49), pretende-se:

reforçar o discurso daqueles que acreditam no necessário despertar a um novo modelo (intersubjetividade); modelo que, forjado sob um novo paradigma (paradigma da complexidade), não pressupõe que o julgador seja um *homo sapiens-demens*, fortalecendo o papel das partes na reconstrução dos enunciados de fato e do magistrado em velar para que esses esforços não se desviem das garantias.

Assim, entende-se que a hermenêutica filosófica se apresenta como um método sobre o qual é possível pensar adequadamente em uma teoria livre das amarras desse sujeito que controla a verdade interpretativa na prática, superando o pensamento baseado na concepção metodológica reproduzida pela aplicação dos princípios constitucionais como suposta força irrefutável e de firme convicção dos argumentos jurídicos.

Uma vez dotada de pensamentos divergentes, percebe-se como um grande problema à sociedade contemporânea, apresentar uma dimensão diferente sobre a decisão jurídica como um ato produzido pelo juiz como único sujeito, pessoa ou indivíduo que utiliza do caráter normativo dos princípios constitucionais como um salvo conduto para a sua discricionariedade, possibilitando tal pensamento, sustentação nas lições de Simioni (2018), "a maior abertura e grau de abstração da linguagem dos princípios constitucionais permitem ao intérprete um amplo espaço de discricionariedade".

Em decorrência disso, essa produção de um forte poder de violência simbólica como "estrutura estruturante", apresentado por Bourdieu (1989, p. 8), encontra-se representado pela utilização de expressões do tipo "ponderação de valores", "mandados de otimização", "subsunção", "proporcionalidade", "razoabilidade", "justa medida", que por meio de um processo de reprodução, produz o próprio sentido.

Pela definição de "sopesamento entre fins e meios" e acima denominada "ponderação", é possível chegar às mais diversas respostas e casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da "ponderação" e suas decorrências. Esse procedimento serve, na verdade, para resolver uma colisão em

abstrato de princípios constitucionais, segundo Robert Alexy, apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios<sup>27</sup>.

Entretanto, observa-se um problema além da abertura e indeterminação simbólica estruturante dos princípios constitucionais, bem como da força de uma concepção obtida por meio da interpretação subjetivista do juiz.

Esse se apresenta pelas mais diversas respostas apontadas para a produção de sentido do direito, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da linguagem empregada e de suas variadas decorrências, o que confere uma blindagem ao que se pode chamar de segurança jurídica e com pretensão de legitimidade.

Ocorre que "positivaram-se os valores" e criaram uma espécie de pamprinciologismo, nomeação esta dada por Lenio Streck (2017, p. 555). Com base nesse entendimento, princípios constitucionais são anunciados e criados largamente no ordenamento jurídico, os quais, revestidos de uma exigência corretiva, como que fossem necessários para a solução dos casos difíceis nos tribunais ou corrigir as incertezas da linguagem, são invocados com o propósito de construção de sentidos incontestáveis no direito.

Porém, de modo tautológico e sem ao menos imaginar uma hipótese relevante de aplicação do princípio em questão, esse caráter normativo reivindicado pelas teorias pós-positivistas, além de nos remeter ao grande problema não resolvido pelo positivismo, acabam justificando o modo discricionário de concretizar direitos fundamentais e a crença de que o sujeito poderia julgar com base em sua consciência, os quais demonstram estar na contramão da padronização da interpretação constitucional, do dever de fundamentação das decisões e da imposição de limites à subjetividade na atividade jurisdicional.

Entende-se que para uma teoria pós-positivista superar essa atividade subjetivista ou solipsista, é necessário adotar a tradição da filosofia hermenêutica que nos ensinou a aplicar aquilo que se compreendeu, a partir do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito e não a partir do absolutismo. Afinal, seria impossível entender a aplicação de um princípio jurídico de modo abstrato, sem, no mínimo, imaginar uma hipótese prática de aplicação desse princípio em um sentido útil e coerente.

---

<sup>27</sup> MORAIS, Fausto Santo de. Ponderação e arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2018, pag. 256.

Conforme Streck (2017), "a linguagem é o que está dado e não pode ser produto construído do próprio objeto de conhecimento de um sujeito solipsista". Referida prática judiciária identificada doutrinariamente como solipsismo judicial<sup>28</sup>, a qual é responsável por gerar incertezas e crises na pacificação social, demonstra uma ruptura no esquema interpretativo sujeito-objeto advindo da hermenêutica filosófica, e conforme as lições de Mateus Costa Pereira (2018, p. 49), "qualquer pretensa limitação da experiência do conhecimento ao esquema sujeito-objeto é fruto de uma visão simplista e reducionista".

A atividade jurisdicional de modo solipsista, além de caracterizar um ato de vontade àqueles que buscam se livrar do dever de decidirem apenas a partir das opções dadas pela moldura do direito, expressa a perda da racionalidade e conseqüentemente a legitimidade nas decisões judiciais, dando a noção de que para o magistrado estaria concedida a discricionariedade judicial no provimento jurisdicional contrária ao bom senso ou ao sentimento de justiça e o enfraquecimento da segurança jurídica.

A contrário *sensu*, entretanto, em alguns casos, numa perfeita demonstração de violação aos princípios democráticos, éticos e morais, o juiz se comporta como dono da lei, aplicando-a conforme sua conveniência, o que caracteriza uma atuação de maneira temerária.

Dierle Nunes (2018, p. 121), define o juiz solipsista como o "arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, atua de maneira isolada, compromissado unicamente com a sua própria consciência", o que impede de notar os benefícios que o debate processual o torna sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade, aperfeiçoamento e eficiência, o que diverge do ideal hermenêutico.

Outras diferentes circunstâncias que também fragilizam o direito são apresentadas por Tassinari (2013). Institutos conhecidos como ativismo judicial, o qual se refere a uma postura judicial ou a um comportamento do Judiciário, se caracteriza por um fenômeno gestado pela própria sistemática jurídica; e a judicialização da política, onde é observado como um acontecimento provocado por certas condições políticas e por isso mesmo, ela é caracterizada como um fenômeno ao mesmo tempo circunstancial e contingencial, isto é, decorrente de uma

---

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pag. 104.

conjuntura político-social, demonstram um afastamento progressivo aos fundamentos e pressupostos construídos pela hermenêutica filosófica.

De modo positivo, esse modo temerário de interpretação constitucional e conforme a conveniência do julgador, o que caracteriza em uma aplicação arrebatada e impulsiva, além de reverberar o solipsismo judicial, segundo as lições de Simioni (2018), "proporcionou um melhor entendimento sobre os fenômenos do decisionismo judicial, da judicialização da política, do ativismo judicial e da falta de compromisso do intérprete com a coerência e consistência na atividade jurisdicional".

Portanto, mesmo que com responsabilidade política, não há exigência alguma de que o juiz acerte sempre, porém, uma dose extra de esforço hermenêutico, somado ao manancial de possibilidades de construção de sentidos coerentes com o direito positivo, colocadas à disposição dos intérpretes, contraria a visão particular de mundo e evita um pronunciamento capaz de expor seus pontos de vista sobre a justiça e o direito.

Segundo o entendimento de Streck (2017), a pretensão de legitimidade, definida como a grande preocupação contemporânea do direito, se daria com um maior controle acerca das decisões judiciais, promovido pelas partes por meio de fortes "constrangimentos epistemológicos" ou "causas significativas", o que proporcionaria segurança jurídica e uma maior blindagem contra discricionariedades.

Seja como for, a ideia proposta é a de que a legitimidade não convive com solipsismos, ativismos e discricionariedades. Por isso, mesmo que haja a problemática da intersubjetividade jurídica dentro do neoconstitucionalismo, a reflexão sobre a construção de um método que parta da questão intrincada da cultura jurídica contemporânea de valorização dos princípios constitucionais deve ter como fundamento novos instrumentos interpretativos que levassem em conta os esquemas de pensamento e de argumentação utilizado entre vários intérpretes e através do qual se procura aplicar a norma constitucional ao caso concreto, o que representaria um passo importante na superação do dogmatismo positivista.

Referido posicionamento encontra suporte nas lições de Barreto (1996), de onde se extrai que a defesa de que "os diferentes intérpretes expressando vários pontos de vista, sujeitos à prova de opiniões, contra ou a favor, permitiam ao intérprete encontrar nas diferentes leituras da norma constitucional o sentido mais convincente para a solução do problema".

Fato é que, a grande discussão apresentada pela hermenêutica constitucional contemporaneamente consiste, entre outras coisas, em uma circunstância que coaduna e confira especificidade à interpretação do direito, com supedâneo em um vetor de sentido representado pelo texto constitucional, e com isso reafirmando a autonomia do direito. Nesse sentido, Edson Vieira da Silva Filho e Elias Kallás Filho (2017, p. 90), afirmam:

Para que se promovam transformações é necessário que o problema, suas causas e ferramentas disponíveis sejam adequadamente conhecidas e manejadas. Aí está um dos corações (são vários) da inefetividade constitucional. A falta de sua compreensão, resultante de uma leitura inadequada de suas propostas, feita via de regra a partir das perspectivas modernas, o que impede um grau mínimo satisfatório de concretude do projeto civilizatório trazido na carta magna. Detectada a razão da crise temos como passo seguinte propor a leitura do texto constitucional a partir do resgate do mundo concreto o que deve ser feito a partir da hermenêutica filosófica.

Por isso, discutir o direito e suas possibilidades democráticas é uma questão ligada à discussão dos paradigmas filosóficos tradicionais que são fundamentos e pressupostos ao modo de ser do mundo do jurista e não o restringir unicamente ao que o Judiciário diz que é, tampouco às suas demais fontes com pretensões conceituais e exegéticas.

Torna-se necessário reconhecer e fundamentalmente entender a circularidade da pré-compreensão em Heidegger, a tradição e experiência histórica de Gadamer e a linguagem em Wittgenstein na situação prática, onde todos os atores processuais, previamente envolvidos, contribuirão com um resultado interpretativo adequado a uma sociedade pluralista e aberta no combate à fragilização do direito, que conjugado a um ensino jurídico fragmentado, baseado em dogmáticas manualescas, apostam na discricionariedade e na prevalência do esquema sujeito-objeto e pretendem corrigir o direito sem a superação de paradigmas.

Segundo o entendimento de Edson e Kallás (2017, p. 99), "pode-se dizer que somente a partir da premissa da mudança de paradigma que uma Constituição dirigente será interpretada e trabalhada adequadamente para que possa alcançar um grau adequado de constitucionalidade".

Como um caminho possível, a Teoria do Direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, além de se fazer consciente de uma dimensão hermenêutica pós giro linguístico, também leva em conta a preocupação com a necessidade de efetivação da dimensão normativa-democrática, afirmando ser

possível uma teoria que ateste a possibilidade de uma verdadeira fundamentação dos provimentos.

Dworkin entende que o quadro pintado pela teoria positivista é pobre e não reflete as cores que uma sociedade democrática chama de Direito. Sua tese propõe pensar uma teoria jurídica mais atraente para os ideais de democracia da sociedade, partindo da inexistência de discricionariedade, onde o responsável por uma decisão e todos aqueles comprometidos com a sociedade não devem poupar esforços para buscar a melhor decisão para a situação em concreto, ainda que haja múltiplas possibilidades de decisão racionalizadas, há apenas uma decisão correta para aquele caso em especial.

Além disso, o ordenamento jurídico deve apresentar espécies de normas capazes de impedir por completo a existência de lacunas e assim conseguir definir, para aquele caso em concreto, a existência de um direito para algumas das partes envolvidas.

"Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tomar o conjunto de leis moralmente coerentes, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido". (DWORKIN, 1999).

Uma vez reconhecida a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ou ao criar uma norma, é no debate e com respeito a interlocução entre todos os intérpretes onde serão encontradas as possibilidades de compreender que o que se está sendo invocado representa uma regra, um princípio ou uma diretriz política.

Como no Brasil nada é simples, constata-se que parte da praxe forense negligencie que a Constituição imponha a obrigatoriedade do devido processo legal (art. 5º LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), porque o magistrado possui livre convencimento, cuja fundamentação, apesar de exigida, não vincularia ao argumento das partes.

Alguns limites já foram impostos, diante da clara intenção do legislador em estipular um pressuposto norteador e imanente ao CPC/2015, voltado para a limitação da arbitrariedade, pois, diante de uma conduta cooperativa com as partes e em busca do rompimento com o caráter autoritário no regramento processual, como dever, ao magistrado é imputado remeter as partes para os meios conciliatórios de resolução de conflitos a qualquer momento (Art. 139, V, CPC).

Portanto, profunda mesmo é a alteração na forma e na maneira de condução do processo, permitindo a realização de negócio processual entre as partes, resultando num fato jurídico voluntário de regulação de certas situações jurídico-processuais.

Segundo a previsão do artigo 190 do CPC:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

De certa forma, o CPC/2015 inclui o reconhecimento de que o ordenamento é interpretado e concretizado também fora dos Tribunais, e que o seu sentido é produzido por meio de debates que ocorrem em todos os locais em que existe o exercício da cidadania. Por isso, novos marcos teóricos para o direito processual civil brasileiro são estabelecidos, os quais, recepcionando os princípios constitucionais processuais, demonstram nítidas alterações de concepção e de semântica.

A afirmativa arbitrária e discricionária na condução do processo está superada no estágio atual da sociedade, pois a realidade é outra e a dinâmica dos fatos também é diversa. Razão pela qual, a Teoria do Direito continua desenvolvendo estudos e construindo respostas aos debates quando estes se direcionam aos remédios democráticos no combate do ativismo judicial, o que caracteriza o discurso neoconstitucionalista como uma estratégia de suplementação discursiva sobre a indeterminação da linguagem das normas constitucionais<sup>29</sup>.

Por isso, devemos festejar e concordar que passos decisivos, mesmo que timidamente, foram dados pelo novo Código de Processo Civil, haja vista que, por meio da regra normativa estampada em seu art. 10, demonstra uma substancial amplitude ao contraditório ao desautorizar o órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, a decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

---

<sup>29</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo ao direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, vol. 90, n.1, p. 110-136, jan/jun. 2018.

Vejamos como o Superior Tribunal de Justiça apresenta por uma leitura clara da regra estampada pelo art. 10 do CPC:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Referido ordenamento não poderia ter interpretação mais fácil ao indicar que as partes têm o direito de debater sobre os fatos e influenciando de forma ativa na construção da atividade jurisdicional.

Por isso, como Relator do Recurso Especial 1.676.027 - PR, o Ministro Herman Benjamim, assim decidiu:

Sempre que o juiz foi decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidades para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo<sup>30</sup>.

Já o Ministro Luis Felipe Salomão, assim proferiu seu voto no Resp 1.755.266 - SC: "a intenção do CPC foi permitir que as partes tenham a possibilidade de participar efetivamente dele, com real influência no resultado da causa"<sup>31</sup>.

Em ambos os casos, demonstra-se uma potencial preocupação do novo CPC ao princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, onde juízes e tribunais não estão autorizados a julgar com base em fundamento jurídico sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de debater, incluídas até as questões de ordem pública.

Sob essa perspectiva da aplicação das garantias constitucionais, trazemos o princípio da motivação das decisões judiciais, o qual, previsto em seu artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, assim estabelece:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei

<sup>30</sup> Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74572858&num\\_registro=201701314840&data=20171219&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74572858&num_registro=201701314840&data=20171219&tipo=51&formato=PDF)> Acesso 19/06/2020.

<sup>31</sup> Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88343076&num\\_registro=201801835104&data=20181120&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88343076&num_registro=201801835104&data=20181120&tipo=91&formato=PDF)> Acesso 14/06/2020.

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Referida garantia de fundamentação das decisões judiciais foi estipulada pela primeira vez em nosso ordenamento constitucional em 1988 e imputou nulidade absoluta ao ato judicial que padece da ausência de fundamentação, alterando seu patamar e concedendo-lhe o *status* de requisito substancial da sentença. Isso significa dizer que se trata de uma exigência a um ato processual, um controle sobre a regularidade da atividade jurisdicional e uma submissão às garantias de um Estado Democrático de Direito.

Em uma simples análise sobre o texto constitucional supramencionado, conclui-se que não é apenas a sentença e o acórdão que deverão ser fundamentados, mas sim todas as decisões proferidas pelos juízes, aos quais, apesar de não serem eleitos, são concedidas representatividades pelo povo, não politicamente, mas argumentativamente. Não cabendo a eles, assim, sob qualquer argumento, aplicar o direito ao caso concreto com base em questões subjetivistas.

Diferentemente da legislação anterior, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 traz uma série de inovações no que diz respeito às decisões judiciais. Mais especificamente, expõe uma série de novas exigências e procedimentos justificatórios para as autoridades competentes realizarem a fundamentação de suas decisões.

Diante disso, mudanças estruturais na jurisdição brasileira no sentido de democratizá-la concedem alcance prático a alguns princípios fundamentais sobre processo judicial estabelecido na Constituição. Merece destaque o art. 489 do CPC, que tratou de estabelecer critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial.

Assim, sob a esteira do combate ao autoritarismo, à busca pela limitação da discricionariedade e garantia da efetividade das garantias constitucionais, o novo Código de Processo Civil, a fim de produzir e manter eficaz a supramencionada garantia, elenca quais os elementos essenciais da sentença em seu art. 489. Vejamos:

I - o relatório, que conterà 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. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Tal rol taxativo exige tamanha competência intelectual do julgador e deixa claro que uma sentença é um ato de decisão e não de livre escolha, ou seja, um ato de poder onde o julgador, em nome do Estado e representante argumentativo do povo, obrigatoriamente deve fundamentar após uma interpretação e dizer o direito no caso concreto. Fato é que a argumentação jurídica que fundamenta a decisão, junto às provas, não é produto de um juiz isolado, super-humano, mas da cooperação dos sujeitos do processo. As teses das partes e a reconstrução dos fatos e do direito promovida durante o processo sempre foram a causa da qual a sentença é conclusão lógica.

Dworkin diz que a sentença é um ato de responsabilidade política. Por isso mesmo, a sentença não é uma mera opção por uma ou mais teses<sup>32</sup>. Um paradoxo ao instituto do *non liquet*. Daí a importância do art. 926, onde há de ser aplicado o dever de coerência e integridade às decisões judiciais, estabelecendo que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Diante disso, numa decisão justificada, o julgador terá de ajustá-la ao caso posto, fundamentando as circunstâncias fáticas e de direito com dispositivos legais, explicar a sua vinculação com súmulas ou precedentes, explicar o motivo concreto da incidência de conceitos jurídicos, devendo a mesma ser interpretada, a partir da

---

<sup>32</sup> NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681 - 682.

conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Baseado nesse entendimento, aqueles julgadores íntegros e comprometidos com garantias contrárias às arbitrariedades interpretativas, os quais constroem argumentos coerentes ao conjunto do direito, oferecendo respostas efetivamente jurídicas, não moral, econômica ou política, ao mesmo tempo devem proporcionar a garantia da isonomia em casos semelhantes e colocar impedimentos às condutas autoritárias que refletem apenas perspectivas individuais.

O direito, uma vez concebido como um sistema de regras e princípios não admite decisões excepcionais, não admite a discricionariedade judicial, uma vez que não há dentro dele, situação que não esteja regulada. Portanto, aos intérpretes restam continuarem na tarefa cotidiana de luta pela aplicação constitucional, pois os frutos começam a surgir.

Com base nessa perspectiva de legalidade e de uma maior participação das partes, o poder jurisdicional nunca será apenas o emissor da voz da lei, e em conjunto com os demais intérpretes, encontrará democraticamente a segurança buscada pelo destinatário do direito.

Não à toa, o juiz, saneando o processo, delimitará as questões probatórias exigidas pela lide, nos termos do art. 357, II do CPC/2015, inclusive com eventual distribuição do ônus probatório, demonstrando, com isso, o abandono da figura paterna que o juiz possuía na solução das controvérsias e adotando uma conduta mais participativa das partes na condução do processo.

Entretanto, mesmo que a Hermenêutica Filosófica ganhe um horizonte de possibilidade de ingressar definitivamente na dogmática jurídica brasileira e demonstre que o direito não pode ser meramente aquilo que os tribunais dizem *ultima ratio*, algumas instituições jurídicas se mostram resistentes e, em face da indeterminação da linguagem, utilizam-se até de uma escolha arbitrária que constituirá como um referente interpretativo da decisão jurídica conveniente a cada caso.

Assim sendo, sob o ponto de vista da Teoria do Direito, estabelecer uma reflexão crítica sobre o problema do compromisso da interpretação constitucional, uma vez que a Constituição apresenta os mais tradicionais e abrangentes referentes dentro do sistema jurídico, permeando os âmbitos da validade das normas e dando-lhes consistência, é adotar o senso comum teórico desenvolvido por Luis Alberto

Warat, que critica a superficialidade e a consolidação de um pensamento jurídico, e estabelece hábitos de significação e centraliza a produção de sentido, a partir de fragmentos de teorias vagamente identificáveis<sup>33</sup>.

Não restam dúvidas de que portas foram abertas em decorrência das mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil, pois possibilitaram 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 controles intersubjetivos nas decisões judiciais.

Porém, mesmo que desde a modernidade até as concepções pós-positivistas, os principais referentes jurídicos permanecem os mesmos, diante das mais diferentes perspectivas teóricas da sociedade contemporânea, iniciativas mais sofisticadas de observação sobre o direito são exigidas. Razão pela qual, reforça-se a tese de que o direito, por ser um fenômeno complexo e dinâmico, não pode ficar imune às transformações ocorridas no campo da filosofia.

A fim de sustentar o que acima referido, apontamos uma recente reflexão crítica levantada por Simioni (2018), pela qual é demonstrado que a problemática sobre a escolha arbitrária da interpretação jurídica, além de constituída pelo referencial aos direitos fundamentais-sociais, pode ser também por referentes interpretativos realizados de uma maneira voluntária e escolhidos para uma decisão jurídica construir um sentido do direito vantajoso para cada caso.

A questão, hoje, não é mais o problema kelseniano da eficácia ou da efetividade dos direitos fundamentais sociais, tampouco o problema neoconstitucionalista da interpretação realizadora do mínimo existencial dos princípios fundamentais sociais, mas, sim, o problema da diversidade de fontes, de perspectivas, de organizações, de instituições, de estruturas sociais, de modo de vida, de culturas, de soberanias, de sistemas constitucionais, de sistemas judiciários, de sistemas tributários, de meios de comunicação, enfim, problemas de pluralismo jurídico.

Referido autor aponta que hermenêutica constitucional saiu do paradigma positivista do direito e está sob o comando de um novo paradigma, chamado de paradigma da *Différence*<sup>34</sup>, o qual, no campo do direito, aparece sob o nome de

---

<sup>33</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 13-29.

<sup>34</sup> Entendemos por paradigma da *Différence* o conjunto de práticas que pressupõem um sistema de formatação exógena do sentido. Um sistema ontológico que não admite a existência de uma realidade independente de uma correlação entre mundo e referente. No paradigma da *Différence*, a convergência e a coerência são entendidas como práticas conservadoras de interpretação jurídica, isto é, são entendidas como formações discursivas que não lidam bem com a diferença, com o pluralismo democrático, com a mudança e a transformação social. Procurar a coerência e a

pluralismo. Esse modo pluralista e contingente de referência interpretativa se dá conforme o argumento que o intérprete pretende, individualmente, sustentar.

Observa-se a ausência do paradigma positivista do direito quando os referentes utilizados nos votos de cada Ministro não se concentram mais no ordenamento jurídico, mas sim em diversos referentes aleatórios, o que transforma a prática interpretativa do direito em uma prática plurirreferencialista.

[...] o referente interpretativo convocado na argumentação de cada voto individual já não é mais um referente singular, como foram as fontes do direito nos positivismos jurídicos ou os princípios no neoconstitucionalismo, mas um referente plural, contingente e, inclusive, arbitrário: ora se convocam precedentes do STF, ora se convocam as razões do voto dos outros ministros, ora se convocam as razões dos próprios votos anteriores, ora são convocados inclusive precedentes das cortes dos EUA e outros países da Europa como símbolos de sucesso civilizacional. E para fechar o argumento de autoridade, complementam-se a argumentação com referências às exigências políticas, econômicas, morais e outros suplementos argumentativos contingentes, geralmente ligados ao futuro, aos prováveis efeitos colaterais de uma outra possibilidade de decisão. (SIMIONI, 2018)

A adoção desse modelo plurirreferencial de interpretação jurídica pelos tribunais superiores é baseado em um "externalismo semântico radical", pelo qual a determinação do sentido do direito se encontra em elementos exteriores e contingentes, e não mais nos referentes tradicionais e abrangentes da interpretação jurídica dentro do sistema jurídico.

Dessa forma, considerando que a definição do direito se encontra na competência na atividade jurisdicional e não no compromisso com a sua realização, o que permite a escolha instintiva da interpretação jurídica e a referência que convier para a construção de sentido do direito que interessa em cada caso, ou até mesmo uma teoria da interpretação jurídica e não outra, coloca-se em discussão uma reflexão crítica contemporânea sobre qual a referência de sentido da própria constituição? Haja vista que para a interpretação da legislação infraconstitucional temos o horizonte hermenêutico da Constituição.

A importância da construção de um novo referente à interpretação constitucional, capaz de reestabelecer os compromissos interpretativos com a coerência e com a unidade convergente do direito se encontra em rota de colisão com o modelo de discurso apresentado pelos nossos Tribunais hoje em dia, pois

estes privilegiam o pluralismo jurídico e suas diversas formas de expressão apresentadas pela diversidade, complexidade, etc.

A fim de estabelecer um caminho mais adequado para alcançar o progresso da jurisprudência e utilizando-se desse paradigma *Différence*, o qual prestigia a divergência e não a coerência, a hermenêutica constitucional deixa de tentar encontrar a coerência e a convergência interpretativa do sentido dos conceitos e institutos jurídicos, prestigiando aquele intérprete do direito que sabe lidar com as diferenças e que está em sintonia com a diversidade de linguagens apresentadas pelos diferentes movimentos simbólicos da sociedade que privilegiam a afirmação de direitos.

Como resultado desse paradigma, as perspectivas de verdade são deslocadas para outras formas e aspectos apresentados ao sentido do direito, os quais se apresentam não como melhores, tampouco piores, porém sempre diferentes.

Em razão disso, referido pensamento também apresenta problemas, pois como depende de um externalismo semântico, o direito pode ser qualquer coisa derivado de interpretações daqueles que detém a competência normativa na atividade jurídica para decidir o que ele deva ser.

Assim, mesmo que haja o combate e limitação ao problema da arbitrariedade na interpretação subjetiva do julgador na atividade jurisdicional, haja vista a aplicação desarrazoada dos princípios constitucionais, também não podemos aceitar que a produção de sentido do direito pelos Tribunais, possa ser definida por uma problemática reverberada pela apropriação exclusiva de convicções e estratégias políticas de dizer o que é e o que pode vir a ser direito.

Na realidade, esses Tribunais possuem a prerrogativa concedida por um Estado Democrático de Direito em dizer o direito por meio da atividade jurisdicional, porém limitados, em tese, pelos signos apresentados pela linguagem das normas jurídicas positivadas. Entretanto, mesmo que ao decidirem por externalismos semânticos, os Tribunais estariam produzindo direito válido e eficaz, em decorrência de sua competência para dizer a última palavra sobre o direito.

Kelsen, por meio de uma fundamentação paradoxal do direito, aponta que o direito é aquilo que os órgãos detentores do poder de produzir interpretações vinculantes do direito dizem que é o direito.

O problema é que a sociedade contemporânea possui uma dinâmica que exige uma compreensão diferente da decisão jurídica. A decisão jurídica não pode continuar a ser entendida como um ato de juiz como sujeito, pessoa ou indivíduo, uma vez que há perspectiva preocupada com os problemas de viabilidade da prestação jurisdicional nessa sociedade complexa e outra preocupada mais com a realização material do direito.

Denota-se que, se antes o jurista era um escravo do sistema jurídico em decorrência do positivismo e da maneira exegética, agora o julgador se transforma no protagonista judicial e detentor absoluto dos sentidos do direito. Porém, em decorrência disso, sempre haverá motivação à Teoria do Direito, a qual se apresenta como fonte onde essas discussões encontram conhecimentos e reflexões.

Portanto, por Justiça e ao melhor direito, admite-se que a tradição epistemológica elaborada por meio dos vários sentidos linguísticos e a partir de uma reflexão hermenêutica filosófica que atinja os seus níveis mais intrínsecos de compreensão, alcançou um alto grau de consciência, que atuando criativamente com base na interpretação construtiva, de forma organizada sobre os textos jurídicos e não apenas na sua literalidade, poderá, sem possuir verdadeiramente nenhum vínculo, fazer dentre as suas escolhas e integrada aos aspectos de controle social, uma decisão menos arbitrária por quem interpreta o direito na atividade jurisdicional, legitimada apenas pelo poder da jurisdição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação jurídica, como uma atitude construtiva do direito, jamais poderá ser carente de fundamentos. Por isso, tradicionalmente, a hermenêutica jurídica concentra esforços em entender e desenvolver o processo de compreensão do direito na perspectiva do sujeito intérprete, pois parte da convicção de que a interpretação jurídica é uma atitude e compromisso assumido por este ao realizar o direito.

Em decorrência da interpretação, extrai-se um direito previamente existente em algum lugar do mundo jurídico. Por isso, a interpretação jurídica é uma atitude, um compromisso assumido pelo jurista de realizar o direito, ainda que a definição do sentido normativo desse direito seja fruto de uma operação altamente complexa.

Portanto, essa pesquisa, como objetivo geral, buscou, de maneira introdutória, demonstrar sua indispensável presença na estrutura e na produção do sentido do direito na atividade jurisdicional, desta feita, por meio de uma quantidade de reflexões, o que, diferentemente ou em caso contrário, nos remeteria ao risco da influência de uma dogmática jurídica de cunho exegético.

Entretanto, e de modo favorável, é crescente a tentativa de diversos autores em edificar uma hermenêutica jurídica fundamentada na hermenêutica filosófica, haja vista que a interpretação jurídica exige reflexões. Em razão disso, a hermenêutica filosófica como meio de reflexão, nos liberta das decisões judiciais arbitrárias, as quais têm como finalidade atender aos interesses das estruturas ideológicas e de poder que envolvem o sistema jurídico e descaracterizam a legitimidade do julgamento.

O problema dessa perspectiva hermenêutica é que não há nela uma reflexão metodológica, pois a hermenêutica é uma filosofia. Razão pela qual, seu objetivo é o de descobrir, desvelar, interpretar o direito de modo a fazê-lo cobrir toda a realidade social. Assim, para que o Jusfilósofo alcance os resultados esperados e construa teorias, linguagens ou métodos, é necessário que a hermenêutica filosófica se movimente no interior como um referencial teórico, e ao mesmo tempo, caminhe no

sentido da limitação do arbítrio e sua relação com a discricionariedade judicial na prática.

Sabemos, desde Heidegger e Gadamer que não há interpretação que parta de um grau zero de compreensão e que os métodos científicos apenas criam uma ilusão de objetividade ou uma ilusão de segurança interpretativa do direito, porém, uma postura teórica sob a perspectiva da fusão de horizontes, da hermenêutica filosófica ou de teorias integrativas, elevam a tese de que há um direito fundamental e uma melhor resposta, entendidos como adequados à Constituição.

Diferentemente de uma mera racionalidade instrumental, a Filosofia no Direito não diz respeito apenas a analisar a técnica linguística apresentada ou os grandes problemas existentes na interpretação das normas jurídicas, mas sim um exercício constante de pensamento dos pressupostos e fundamentos jurídicos, de modo a analisar e discutir seus limites e demarcar seu campo correto de atuação.

A fim de reverberar nossas certezas ao melhor direito e aos princípios morais da atividade jurisdicional, há de ser esquecida a existência sobre um único pensamento entendido como perfeito, mesmo que compatibilizando o Direito com a Filosofia.

Nesse sentido, tanto à luz de uma teoria hermenêutica, quanto processual democrática, contemplada pela participação ativa dos atores processuais e na construção de decisões judiciais mais legítimas, atuando como uma blindagem limitadora da problemática da arbitrária subjetividade interpretativa, a discricionariedade de juízes e a supremacia decorrente do protagonismo judicial são superados.

Inevitavelmente, os efeitos que a história tradicional exerceu sobre a interpretação, nos submeteu a uma disputa pela episteme interpretativa sobre o direito, provocando problemas e resultando numa verdadeira disputa com as abordagens reproduzidas pelos ilustres saberes hermenêuticos filosóficos dos séculos XIX e XX.

Por isso, soa como um dever da comunidade jurídica construir uma nova linguagem que permita exprimir um novo e necessário paradigma interpretativo, superando o senso comum e teórico estabelecido pela entrega do melhor direito à exclusiva subjetividade do julgador.

Essa alteração de pensamentos é uma situação esperada, pois, uma única resposta correta ou uma autoridade com a verdade absoluta, já não faz mais uma

relação harmoniosa com o grande número de possibilidades de perspectivas sobre a diversidade de comportamentos sociais e seus fenômenos.

Em razão disso, acolhe-se a proposta do cientista do direito sob a perspectiva de realizar um ato epistêmico que questiona tanto a interpretação, bem como a validade dos enunciados jurídicos tendenciosos, baseados em um paradigma subjetivista que ignora o texto legislado e apresenta sua convicção jurídica amparada na arbitrariedade.

A autonomia do direito é importante, pois se caracteriza por um critério de justiça que deve ser oposto contra certas finalidades políticas e econômicas. Um direito sem autonomia perde uma das mais importantes conquistas civilizatórias da sociedade, que é a possibilidade do direito constituir-se na experiência política como um critério divergente importante, inclusive às opiniões das maiorias democráticas.

Vê-se que o Direito não representava um fim em si, mas apenas o meio de atingir uma finalidade exemplar e plena de realização ou de concepção ideal, segundo a qual não está em jogo o valor patrimonial, mas a representação devida ao sentimento de justiça e de personalidade de quem sofreu uma ofensa.

A complexidade da sociedade contemporânea e as exigências do Estado Democrático de Direito reclamam da interpretação e das decisões jurídicas um pouco mais de sensibilidade e pluralismo na definição daquilo que é autenticamente jurídico. Por isso, é importante a autonomia das tradições jurídicas autênticas na explicitação hermenêutica do sentido do direito nos casos concretos, apesar da prática jurídica brasileira resistir a essa tarefa de cuidado com a frágil autonomia da experiência jurídica, preferindo adotar as soluções mais dogmáticas.

Por isso, a tomada de decisões e a realização de escolhas interpretativas não podem ser um ato de contemplação, mas uma atitude construtiva, uma dação de sentido sob a perspectiva de conciliação. Referido pensamento voltado ao protagonismo judicial, apontando o juiz como o único responsável pela resolução sobre o conflito de interesses colocado diante do sistema jurídico não vem resistindo à evolução da Ciência Jurídica ao longo dos anos, haja vista que uma decisão jurídica mais legítima deve possibilitar a ampla participação de todos os atores processuais na formação do provimento.

Vivemos hoje no paradigma da intersubjetividade. Logo, não há lugar nem para o "dono da lei", nem para o "escravo da lei". Com base nessa leitura, reverbera-se a importância da análise sobre como os juízes decidem, e como controlam os

regimes de verdade que comandam os seus referentes interpretativos na atividade jurisdicional.

Aliados ao referido pensamento como um axioma, devemos nos proteger da arbitrariedade empregada no exercício da atividade jurisdicional quando esta estiver amparada pelo subjetivismo e pela ultrapassada teoria da relação jurídica processual, a qual confere ao julgador, apenas a racionalidade na interpretação das normas do direito fundada na cultura jurídica de valorização dos princípios constitucionais para a construção de decisões judiciais mais legítimas.

Muitos desafios enfrentados pelo direito contemporâneo passaram pela necessidade de reflexão sobre bases históricas, políticas e teóricas do Processo Civil. Contudo, esse novo paradigma em que se busca uma prestação jurisdicional refletida de modo legítimo, baseada na participação de todos os atores processuais, verdadeiramente deve ser a perspectiva de uma nova dialética processual.

Portanto, ao debruçarmos sobre o texto constitucional, devemos superar a ideia de que a decisão judicial deve ser vista como ato de criação solitária pelo intérprete julgador. Razão pela qual é importante ressaltar que, diante do problema da manifestação da verdade na atividade jurisdicional, não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete ou julgar conforme sua consciência, como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva.

Baseando-se nesse entendimento, entende-se que aqueles julgadores íntegros e comprometidos com garantias contrárias às arbitrariedades interpretativas, os quais constroem argumentos coerentes ao conjunto do direito, oferecendo respostas efetivamente jurídicas, não moral, econômica ou política, devem ao mesmo tempo, proporcionar a garantia da isonomia em casos semelhantes e colocar impedimentos às condutas autoritárias que refletem apenas perspectivas individuais. Razão pela qual, as novas compreensões trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, mediante a participação ativa dos atores processuais em uma nova tradição jurídica, despontam como uma nova linguagem que torne possível o autêntico acontecer do ser do direito e motivando decisões mais legítimas, ao mesmo tempo impondo limitações ao arbítrio e à discricionariedade na interpretação do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA e SILVA, Diogo. Discricionariedade judicial racionalizada? A aposta do CPC/2015 na necessidade argumentativa. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 27.

BARRETO, Vicente. Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, n. 203. jan./mar. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr.-jun. 2005.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. *Código de Processo Civil, 2015*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)> Acesso em: 14/06/2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição*, 1988, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14/06/2020.

BRUM, Guilherme Valle. A valoração da prova como ato político: notas sobre a (pretendida) sobrevivência do chamado "princípio do livre convencimento motivado" no direito brasileiro. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 189.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CUNHA, Maurício Ferreira. O (livre) convencimento motivado e o indissociável direito fundamental à prova - base para a legitimidade dos provimentos. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 225.

CURVELLO, João José Azevedo; SCROFERNEKER, Cleusa Maria Andrade. *Revista Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. E-Compós. Brasília, v.1, n. 3. set/dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão e dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Edson Vieira da Silva; FILHO, Elias Kallás. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. *Constitucionalismo e democracia 2017: Reflexões do Programa de Pós-graduação em direito da FDSM/ Rafael Lazzarotto Simioni*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro, Vozes: 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, SAFE: 1997, Reimpressão 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10ª. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*; Trad. João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. 3ª reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Douglas Roberto. O abandono do livre convencimento motivado no processo civil e o senso comum teórico na prática jurídica nas decisões das câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 257.

MOELLER, Hans Georg. Tradução: Patrícia da Silva Santos. O paradoxo da teoria. *Tempo social, Revista de Sociologia da USP*, v. 27, n. 2. novembro 2015.

MORAIS, Fausto Santo de. *Ponderação e arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2018.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lucio. Do dever judicial de análise de todos os argumentos (teses) suscitados no processo, a apreciação da prova e a accountability. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 121.

NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo, Edições Loyola: 2015.

PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 75.

PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o mito autoritário do livre convencimento motivado: em defesa da intersubjetividade na valoração da prova pelo homo sapiens-demens. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 49.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva: 1994.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 4. n. 2, p. 193-213, jul.-dez. 2012.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica e racionalidade. [s.n.t].

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A despolitização do discurso jurídico nas teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 37, n. 1, jan.-jun. 2017.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Hermenêutica constitucional no paradigma da *différence*. *Constitucionalismo e democracia 2018: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. *Revista Brasileira de Direito*. v. 11, n. 1, p.135-147, jan.-jun. 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo ao direito brasileiro. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, vol. 90, n.1, p. 110-136, jan/jun. 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Opus operatum e opus operantis: liturgia, jurisdição e poder. *Estudos de religião*. v. 32, n. 2, p.139-161, mai.-ago. 2018.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2ª ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma explosão hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2011.

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

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 1, n. 1, p.65-77, jan.-jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêuticas-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0). Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74572858&num\\_registro=201701314840&data=20171219&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74572858&num_registro=201701314840&data=20171219&tipo=51&formato=PDF)> Acesso 19/06/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.755.266 - SC (2018/0183510-4). Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88343076&num\\_registro=201801835104&data=20181120&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88343076&num_registro=201801835104&data=20181120&tipo=91&formato=PDF)> Acesso 14/06/2020.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Em que sentido o processo judicial busca a verdade? Constrangimentos epistemológicos e o CPC/2015. *O fim do livre convencimento motivado*. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia...[et al]; Coordenação Dierle Nunes, George Salomão Leite, Lenio Streck. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 170.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 13-29.