Stéphanie Winck Ribeiro de Moura

A DECISAO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL

IN.CE

Fortaleza - CE

2020

CONSELHO EDITORIAL:
Eduardo Porto Soares; Alice Maria Pinto Soares; Raimundo Carneiro Leite; Francisco Dirceu Barro; Valdeci Cunha e Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC); Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE) e Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

PRODUÇÃO EDITORIAL: DIN-CE
CENTRAL DE ATENDIMENTO:
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE
Revisão e organização: Autor(a)
Capa e Diagramação: Carlos

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
BIBLIOTECA NACIONAL

MOURA, Stéphanie Winck Ribeiro de. A DECISAO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL
Editoras DINCE, 2020 – 130p.

ISBN 978-65-5740-029-6

1. Direito Processual Civil 2.

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização do autor.

NOTA DA EDITORA
As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).
A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil
Impressão gráfica:
DIN.CE

Aos meus pais, que priorizam meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Ao Criador e mantenedor dos milagres da vida.

Ao meu pai, pelas lições de perseverança, trabalho árduo, fé e determinação.

À minha mãe, pelo seu estímulo constante e alegria.

Ao meu irmão Hermann, pelas conversas produtivas.

À minha filha Sarah, razão dos meus esforços, alegria dos meus dias e esperança do amanhã.

“Se democracia é o autogoverno do povo, não é democrática a substituição das normas de convivência estabelecidas no exercício deste autogoverno pela visão de uma só pessoa, quanto mais como no Brasil, em que ela não possui esta legitimação eleitoral. Por isso, encontrar respostas adequadas à Constituição é uma necessidade democrática”. Fernando Vieira Luiz, *Teoria da Decisão Judicial.*

“Quanto maior for o número das posições de pessoas que posso tornar presentes no meu pensamento e, assim, levar em consideração no meu julgamento, mais *representativo* ele será. A validade desses julgamentos não seria nem objetiva, nem universal, nem subjetiva, dependendo do capricho pessoal, mas intersubjetiva ou representativa”. Hannah Arendt, *Responsabilidade e Julgamento.*

RESUMO

À medida em que o processo judicial assume maior relevância social como método criador de normas jurídicas, faz-se imperioso o estudo de mecanismos que consagrem maior confiabilidade às decisões judiciais, a fim de proporcionar maior segurança jurídica à sociedade em geral. Decisões judiciais com fundamentações vagas, que causam o fenômeno do indeterminismo judicial, foram coibidas com o Código de Processo Civil de 2015, que tratou de dar maior eficácia, especialmente através do artigo 489, § 1º, ao direito fundamental a uma decisão motivada, esculpindo assim o artigo 93, IX da Constituição Federal. Dentro da problemática exposta, faz-se necessário o estudo acerca da teoria da decisão judicial, através da revisão bibliográfica e do referencial teórico da hermenêutica filosófica. Nesse ínterim, o presente projeto acadêmico se propõe a responder, dentro de seus limites, postulados filosóficos do conhecer, saber e ser do homem na realidade através da História para então interpretar e aplicar o Direito enquanto ciência. Apresenta, portanto a metafísica clássica e sua transição para a metafísica moderna bem como a superação de tais paradigmas ainda persistentes no modo de pensar a realidade dentro da dogmática jurídica. Com o escopo de apresentar as necessidades de uma decisão judicial de mérito dentro do paradigma constitucional e do Novo Código de Processo Civil, o trabalho apresenta de modo superficial, os postulados do positivismo, do pós-positivismo, bem como as correntes do pragmatismo processual em voga fundada no realismo jurídico, terminando por se filiar ao dever de integridade e coerência estipulados no Novo Código de Processo Civil como os fundamentados para a

decisão judicial de mérito adequada ao paradigma Constitucional.

Palavras-Chaves: Processo Civil, Teoria da Decisão Judicial, Decisão Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **11**

PARTE I - A CONFORMAÇÃO DOS OBJETOS E DOS HOMENS **15**

CAPÍTULO 1. A METAFÍSICA CLÁSSICA DOMINANTE 17

1.1 Os gregos pré-socráticos e a unidade originária entre ser e ente, o anterior a metafísica clássica **24**

1.2 Desdobramentos da metafísica clássica, rumo à transição **30**

CAPÍTULO 2. A METAFÍSICA MODERNA E LÓGICA CARTESIANA **39**

2.1 Descartes e o modelo cartesiano de investigação-apropriação da realidade **39**

2.2 Kant e o ápice da filosofia da consciência **48**

CAPÍTULO 3. A NOVA METAFÍSICA E A VIRADA LINGUISTICA..... **55**

PARTE II - MODO DE SER JUIZ NO PARAMÊTRO CONSTITUCIONAL..... **53**

CAPÍTULO 1. PARADIGMAS DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO..... **55**

1.1 Positivismos e pós-positivismo **55**

1.2 Pragmatismo processual e realismo jurídico **70**

1.3Coerência e integridade: postulados da decisão jurídica no Novo Código de Processo Civil **80**

CAPÍTULO 2. DO USO DA HERMÊUTICA: INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO **85**

CAPÍTULO 3. RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO **109**

CAPÍTULO 4. A DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA, COERENTE E ÍNTEGRA **115**

CONSIDERAÇÕES FINAIS 125

REFERÊNCIAS 129

INTRODUÇÃO

No novo paradigma de processo civil, da jurisdição constitucional (art. 1º, CPC/2015), busca-se um processo que atenda com eficiência a necessidade de pacificação social, buscando para tanto valorar as regras formais a fim de se chegar a uma decisão de mérito sobre a questão que clama a resposta do Judiciário (art. 4º, CPC/2015).

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil institui como princípio fundamental o dever de colaboração de todos os sujeitos da relação processual (art. 6º, CPC/2015), a boa-fé e a lealdade processual (art. 5º) e o direito das partes de obter em tempo razoável a solução integral do mérito (Art. 4º, CPC).

Nesse contexto de participação e transparência, busca-se evitar a decisão surpresa e a indeterminação judicial. Deseja-se uma prestação jurisdicional que ofereça uma decisão singular bem fundamentada (Art. 489, CPC/2015) e a formação de uma jurisprudência estável (Art. 927, CPC/2015), em resposta ao anseio por segurança jurídica da sociedade em geral.

No entanto, sabe-se que a sociedade tem se transformado com muita velocidade tornando a tarefa de interpretar e aplicar o Direito mais complexa. Na insuficiência de prever todos os fatos sociais em normas-regras, pela atividade legislativa, que cunha a norma abstrata, o legislador tem promulgado cada vez mais normas abertas, com pouca densidade normativa e mais carecedoras da interpretação do órgão decisional.

Dentro do contexto em que o paradigma do pós-positivismo se impõe com a positivação das normas-princípios, ampliou-se a complexidade da decisão do órgão jurisdicional que já não mais se socorre da mera subsunção da norma ao caso concreto, devendo buscar outros meios como a técnica da ponderação a fim de solucionar o caso difícil.

Dentro da impossibilidade de não-decidir (princípio da inafastabilidade da jurisdição), o órgão jurisdicional está atrelado a uma função criativa, qual seja, a criação da norma jurídica. Tal produto resultado da decisão judicial pode ter efeitos apenas no caso concreto (*inter partes),* pode operar em processos coletivos com efeitos *ultra partes* ou até mesmo em casos extremos e difíceis servir para atualizar a própria norma fundamental da sociedade, a Carta Magna, através do fenômemo da mutação constitucional. A decisão judicial pode ainda, através de novos métodos como o IRDR ou os recursos repetitivos firmar teses jurídicas que terão efeito *erga omnes* de vincular toda a sociedade.

Desta feita, à medida em que o processo judicial assume maior relevância social como método criador de normas jurídicas, faz-se imperioso o estudo de mecanismos que consagrem maior confiabilidade às decisões judiciais, a fim de proporcionar maior segurança jurídica à sociedade em geral. Faz-se necessário estudar a teoria da decisão judicial.

Decisões judiciais levianas e vagas que causam o fenômeno do indeterminismo judicial foram coibidas com o novo CPC que tratou de dar maior eficácia, especialmente através do artigo 489, § 1º, ao direito fundamental à uma decisão motivada esculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Dentro da problemática exposta, faz-se necessário o estudo acerca da teoria da decisão judicial, tema desta pesquisa, a qual, em termos metodológicos a trabalha através da revisão bibliográfica e tem como referencial teórico a hermenêutica filosófica.

O presente projeto acadêmico se propõe a responder, dentro de seus limites, em sua primeira parte os postulados filosóficos do conhecer, saber e ser do homem na realidade através da História. No primeiro capítulo, apresenta a metafísica clássica e sua transição para a metafísica moderna, apresentada no segundo capítulo. Para finalizar a primeira parte, apresenta a superação de tais paradigmas ainda persistentes no modo de pensar a realidade, seja ela de forma existencial ou cientifica, com o foco específico no Direito. Assim, nessa primeira parte o trabalho apresenta o pano de fundo que servirá para sustentar a dogmática jurídica que firma o direito processual e material na contemporaneidade.

Na segunda parte do trabalho, com o escopo de chegar a responder as necessidades de uma decisão judicial de mérito dentro do paradigma constitucional e dos pactos firmados e ratificados em sede de Direitos Humanos, o trabalho apresenta o modo de pensar jurídico, apresentando, ainda que superficialmente, os postulados do positivismo, pós-positivismo, as correntes do pragmatismo fundada no realismo jurídico, bem como o dever de integridade e coerência estipulados no Novo Código de Processo Civil.

Segue demonstrando a não diferença entre interpretação e aplicação do Direito, devendo as mesmas ser entendidas de forma jungida. Bebendo das fontes da hermenêutica filosófica fundada por Martin Heidegger, Han-George Gadamer e da teoria da Decisão judicial de

Lenio Luiz Streck, que se fundamenta na teoria da integriadade de Ronald Dworkin, o trabalho demonstra a necessidade do órgão jurisdicional ter seu campo de atuação fundado na tradição e na sua superação através do compreender hermenêutico que trabalha dentro do círculo da intersubjetividade e não mais dentro dos paradigmas que expõe o objeto à vontade do sujeito ou este sob o comando daquele.

Demonstra ainda a relação circular entre o processo civil e a Constituição, ponto de partida e de chegada para a interpretação das normas de processo, finalizando com a demonstração da necessidade da adequada fundamentação das decisões judiciais, com o rigor apregoado pelo Novo Código Civil, com os postulados de coerência e integridade de forma normativa a guia-las, a fim de chegar a um estado de ser do Direito no Brasil em que o indeterminismo judicial calcado na subjetividade do juiz é rechaçado e as decisões do Estado-juiz são democraticamente legitimadas através da fundamentação com base no ordenamento jurídico.

PARTE 1

A CONFORMAÇÃO DOS OBJETOS E DO HOMEM

CAPÍTULO 1
A METAFÍSICA CLÁSSICA DOMINANTE

A primeira abordagem filosófica determinante sobre o modo do homem ser na realidade é uma abordagem sobre o modo do homem conhecer a sua realidade. Isso porque a tradição filosófica, de Platão aos tempos de Heidegger, distinguia ser e conhecer, o que engendrou a epistemologia, como teoria do conhecimento, tratando de substantivar o verbo ser, colocando o sujeito em movimento como um *ser* estático, apreensível por determinada forma ou método. Criou-se um *ser* entificado, ou seja, o que é o ser revelado (ente) tornou-se o ser que era o verbo.

Nesse paradigma filosófico, chamado metafísica clássica, a interpretação se dá porquanto os significados são inerentes ou essenciais aos objetos, dispensando a participação do sujeito para a sua construção e atribuindo à linguagem uma função meramente instrumental.

Para Luiz (2013, p. 22) a metafísica clássica tem seu início com a obra de Platão *O Crátilo,* que seria a primeira obra de crítica à linguagem. Nele, o diálogo travado entre Hermógenes, Crátilo e Socrátes corresponde ao problema da justeza dos nomes, que repercute sobre a natureza das coisas e a função da linguagem.

Para Hermógenes, a ligação entre o nome e as coisas decorre do arbítrio do homem, ou seja, é convencional. Para Crátilo, por outro lado, cada coisa tem seu nome por natureza, não podendo ser este arbitrariamente escolhido, visto ser a linguagem

instrumento para descrever o mundo sem imprecisões, devendo cada nome equivaler ao objeto que lhe é correspondente. Por seu turno, Sócrates aparece na discussão como mediador entre as teorias contrapostas acima descritas, o convencionalismo de Hermógenes e o naturalismo de Crátilo.

Para Sócrates, uma terceira teoria, intermediária, serve para explicar que “embora o consenso do significado de determinado nome seja suficiente para assegurar seu uso, será ele justo na medida em que for um instrumento para distinguir as coisas, segundo as suas essências” (LUIZ, 2013, p. 24).

Assim, conforme Sócrates dentro da obra de Platão, a convenção linguística deve ser utilizada sem se perder de vista a natureza inerente do objeto a fim de adequadamente representá-lo nas relações sociais possíveis pela linguagem.

Ocorre que, essa natureza inerente ao objeto, chamada essência, que toma o objeto como algo uno, imutável e universal, subtrai a realidade polimórfica do ser, fazendo com que este seja confundido com o seu ente (aspecto revelado num dado espaço-tempo), desconsidera o problema da polissemia das palavras, da literalidade e da ambiguidade de sentidos.

Vivendo dentro da metafísica clássica, atribuindo uma essência natural às coisas, objetos e situações do cotidiano, o homem experimenta a realidade a partir da *ideia* universal, ou seja, do ideal contido no mundo extrafísico, supra-sensível, naquilo que acredita ser a essência do objeto. A linguagem, nesse contexto é o veículo a transportar o significado inerente ao objeto entre os entes cognoscentes - ou sujeitos comunicantes.

Na Grécia Antiga, após o período dos filósofos gregos conhecidos como pré-socráticos, Platão surgiu com o conceito de Paidéia, como formação do homem ou ato de tornar-se um modelo. A Paidéia aconteceria com a saída do homem do mundo sensível para o suprassensível, do inumano para o humano, da barbárie para a civilização, do existente ou aparente para o essencial (MICHELAZZO, 1999).

Representada pelo Mito da Caverna, a Paidéia constitui-se em quatro fases: o homem preso a sua realidade cotidiana e aparente, vivendo na escuridão; o homem começando a enxergar graças ao brilho esclarecedor que surge na medida em que vai saindo da caverna; o homem completamente do lado de fora, capaz de enxergar com clareza os objetos a seu redor; e, por fim, a quarta fase em que volta a caverna em uma tentativa desse *homem/humano* compartilhar com os outros, que estão presos, o mundo que encontrou do lado de fora (MICHELAZZO, 1999).

A Paidéia é fruto da interpretação da realidade por Platão através de sua metodologia chamada metafísica, que deu origem ao modo de pensar ocidental predominante.

A metafísica como modo de ser, de conhecer ou de pensar a realidade privilegia o mundo das ideias (no âmbito suprassensível da existência – o lado exterior da caverna, iluminado) tomando o mundo da realidade cotidiana (sensível - lado interior da caverna, escuro) como uma mera aparência do mundo ideal. Note-se que uma aparência não no sentido de a-parecer, mas no sentido de parecer com, de cópia, de reflexo e não reflexão (MICHELAZZO, 1999).

Ambos os mundos (sensível e suprassensível) são uma construção da metafísica platônica na tentativa de explicar o Real. No mundo sensível habitam os entes menores, que são cópias dos entes superiores que habitam o mundo suprassensível. Os entes do mundo suprassensível são tidos como matriz, modelo, paradigma ou referencial para os entes presos no interior da caverna (MICHELAZZO, 1999).

O ambiente "superior", suprassensível, representa a entidade dos entes em duas maneiras ou dimensões: no sentido dos traços mais gerais, conceitos amplos sobre a entidade de um ente; e também no sentido do ente supremo, representado pela ideia única, ideia das ideias, o ente número *um*, a causa primeira e universal de tudo aquilo que vem a ser o que "é" (MICHELAZZO, 1999).

O ente supremo, o um, é o fundamento último, pelo qual nada pode existir além dele. Os entes com traços mais gerais são os aspectos que sustentam a estrutura do ente *um.* Ambas as formas compõem a entidade do ente que está situada no ambiente suprassensível de Platão. De forma que, o ambiente superior (o lado externo da caverna) deverá ser "copiado ou assimilado" pelo ambiente inferior ou sensível, cujos entes menores que ali habitam nada mais são do que simples aparência da verdade escondida no mundo das ideais (mundo ideal, modelo) (MICHELAZZO, 1999).

> O platonismo, em filosofia e matemática, é apenas a ideia, derivada de Platão, de que os objetos abstratos existem, de maneira independente, num "terceiro reino" – não são mentais nem físicos, mas ocupam um mundo distinto e eterno descrito pela matemática, pela lógica

> e pela geometria, e entremeado, às vezes, pelo esforço do intelecto (STOKES, 2013, p. 390-391).

Assim, a obra da metafísica platônica (de conceituar os entes da realidade, de firmar o conhecimento) inspira-se no ente supremo, a ideia das ideias, buscando incansavelmente o firme, o absoluto, o inabalável, que lhe fará permanente. Conforme Abagnnano (2007), “para Platão, conhecer significa tornar o pensante semelhante ao pensado”.

Platão teria apresentado os diferentes graus de Conhecimento sendo o ser (conhecimento verdadeiro) aquele que a ciência pode comprovar, diferente do não ser que é a ignorância; o *devir* que está entre o ser e o não ser e a *opinião* que está entre o Conhecimento (a realidade que é, representada na ideia e comprovada no exterior) e a Ignorância (o que não é, posto que não há uma correspondência entre a imaginação (a representação da coisa na consciência) e a realidade).

> E distinguiu os seguintes graus do Conhecimento: 1) suposição ou conjectura, que tem por objeto sombras e imagens das coisas sensíveis; 2) a opinião acreditada, mas não verificada, que tem por objeto as coisas naturais, os seres vivos e, em geral, o mundo sensível; 3) razão científica, que procede por via de hipóteses e tem por objeto os entes matemáticos; 4) inteligência filosófica, que procede dialeticamente e tem por objeto o mundo do ser (Ibid., VI, 509-10). Cada um desses graus de C[onhecimento] é

> a cópia exata do seu respectivo objeto: de modo que não há dúvida de que, para Platão, conhecer **é estabelecer uma relação de identidade com o objeto em cada caso, ou uma relação que se aproxime o máximo possível da identidade** (Abagnanno, 2007, p. 175).

Sendo assim, para Platão "não se pode conhecer com certeza o que não é firme, porque o Conhecimento só faz reproduzir o objeto" (Abagnanno, 2007, p. 175).

> Somente assim, sobre uma base sólida, é que as construções metafísicas – que se apresentam nas diversas modalidades de teorias, leis, sistemas, doutrinas – ganharão a validade e a estabilidade almejadas (MICHELAZZO, 1999, pág. 42).

Esse modo de ser ou esse paradigma filosófico, de formação do homem, chamado Paidéia[1], é o caminho entre um mundo e outro, marcado pela representação, por tornar-se igual a, por imitar aquilo que é superior, por utilizar os conceitos tidos/firmados/estabelecidos como

---

1 Segundo Michelazzo (1999, p.; 44) para Heidegger, "esta palavra-guia de Platão - paidéia - não possui propriamente tradução. A mais próxima, porém, é formação, que em alemão (Bildung) significa tanto o ato formador que imprime um caráter, uma marca a uma coisa, quanto conformar uma coisa a uma determinada visão, a um modelo".

ideais. Sendo o postulado da ciência baseado no pensamento verificado.

Firma-se o saber representativo, sendo que: “o saber representativo, ao invés de mostrar a coisa, acaba por escondê-la e anulá-la, pois ele priva as coisas humanas no interior do ente, sem que o ser deste ente, por experiência, jamais possa ser conhecido" (MICHELAZZO, 1999).

Isso porque, conforme Heidegger apud Michelazzo (1999, p. 37) a metafísica não tratou de distinguir o ser e o ente, sequer colocou a questão em pauta:

> O fato de que em sua investigação do ser, [a metafísica] ao longo da história da filosofia, não passou de simples aparência e que, na verdade, o ser propriamente, ficou esquecido - não deve ser interpretado como obra do acaso, nem como engano, nem ainda como negligência da parte dos filosófos, mas como algo que se processou no interior do pensamento, aquele que transformou a força do desabrochar (*physis*) em aspecto (*ideia*) e a verdade (*alétheia*) em exatidão (*orthótes*). Este acontecimento, na época, deu-se naturalmente, sem saltos. Entretanto, com o passar do tempo, à medida que a tradição posterior dele ganhou distância, podemos observar que aquelas pequenas e "inocentes" mudanças provocaram grandes consequências, que acabaram por estruturar e consolidar uma perspectiva de pensamento que orientou toda a

> história ocidental vindoura (MICHELAZZO, 199, p. 37).

1.1 Os gregos pré-socráticos e a unidade originária entre ser e ente, o anterior a metafísica clássica

Os gregos pré-socráticos tocavam a distinção entre o ser e o ente das coisas e dos fenômenos. O ser para eles era o potencial revelador e os entes os aspectos revelados por aquele. *Physis*, o nome dado ao ser/ente, era para aqueles primeiros pensados, "uma unidade originária que congregava tanto aquilo que saía e brotava (movimento), quanto o que se retinha e permanecia (repouso) [...], uma unidade originária que unia em um único conjunto distinção e pertinência" (MICHELAZZO, 1999).

Nesse período anterior a Platão a filosofia ainda não havia,

> separado o real em dois grandes blocos em permanente oposição, denominando-os sensível e supra-sensível, material e espiritual, imanente e transcendente, ou então, conforme os dualismos mais modernos, como realista e idealista, subjetivo e objetivo. O fundo escuro da caverna e a claridade do sol na pradaria eram, para eles, formas ou manifestações de uma única realidade, porque procediam de uma mesma fonte. Não havia motivos para duvidar da realidade - exuberante e caleidoscópica, plena de encantamentos, surpresas e perigos -

> que emerge por todos os lados, pois tratava-se, antes, de procurar compreender a unidade escondida no interior desses contrastes (ibidem, p. 29).

No período pré-socrático, o pensamento não era tido ainda como o produto de uma faculdade humana (atividade, ação, *activitas*). Pensar era junto a ser, era o seguir reflexivamente o apresentado. Pensar e ser estavam unidos no movimento do que se apresenta e se oculta (*physis* e *kryphtestai)*. Tal era a lição de Parmênides e de Heráclito. Tal concepção iria de encontro à verdade (*aletheia*), daquilo que é no movimento do *ser*, que vai e que fica.

Conforme STOCKES (2013, p. 26):

> Heráclito acreditava que o dinamismo entre os opostos era a força motora e a condição eterna do universo. [...] Heráclito continua a nos dizer que “Deus é dia e noite, inverno e verão, guerra e paz, saciedade e fome”. [...] Essa tensão universal assegura que a mudança seja contínua, que tudo esteja num estado de fluxo. Não existe permanência no universo, apenas a condição permanente de mudança, resultante das transformações do Fogo.

Stokes (2013, p. 27) afirma que Heráclito pouco se preocupou em explicar as razões de seu pensamento, divergindo dos filósofos racionalistas que começavam a surgir em sua época, e que sua concepção da realidade

como um processo, um fluxo de eterna mudança, só seria retomada dois mil anos depois, nos tempos atuais, posto que a metafísica de então preocupou-se com o estudo das substâncias da realidade, não a percebendo como processo.

Ressalta ainda que o pensamento de Heráclito iria contrastar totalmente com o posterior pensamento e a metafísica de Aristóteles. Para Stokes (2013, p. 31), dentro do período pré-socrático, Parmênides se apresentou em oposição à Heráclito, refutando a possibilidade de mudança e traçando as bases do problema filosófico dos dois mil anos seguintes: a relação entre pensamentos, palavras e coisas.

Ocorre que na conforme Michelazzo (1999), na análise de Heidegger o filósofo pré-socrático se atém à unidade originária do ser em seu verso “pois o mesmo é pensar e ser”, e o sentido de permanente de Parmênides se refere a este *pensar* e *ser*, não podendo ser entendido como o princípio da identidade das coisas e sua representação como trabalhado pela metafísica platônica-aristotélica, clássica.

> Parmênides apresenta uma relação, uma identidade entre coisas diferentes, a saber: entre *noein* (pensar) e *einai* (ser). A metafísica também admite tal relação só que em dois momentos: primeiro, como vimos, entendendo a identidade do ente com ele mesmo; em seguida, apreendendo este ente sempre idêntico a si mesmo no pensamento, como representação. Ora, não é essa identidade, todavia que o verso de Parmênides mostra. [...] Para esta [a metafísica], a identidade é

> sempre um caráter básica do ser do ente, daí o fato do princípio [da identidade] enunciar que todo ente é sempre ele mesmo. Para Parmênides, contrariamente, o ser se apresenta como um traço da identidade, daí a razão dele afirmar que o ser juntamente com o pensar pertencem ao mesmo (MICHELAZZO, 1999, p. 92).

Mas o significa ser (einai) e pensar (noein) para Parmênides? Michelazzo (1999, p. 93) explica que neste sentido original pensar é perceber e, tanto receber aquilo que se mostra, quanto deter e averiguar o que se apresenta.

Assim a importante diferenciação entre o que é pensar dentro do paradigma filosófico dos pré-socráticos, e no paradigma filosófico da metafísica clássica. Enquanto no pensamento originário de Parmênides o *pensar* é *deter receptivo* (receber e averiguar), no pensamento clássico pensar é representar.

Assim, *o Mesmo*, ou o permanente de Parmênides é em relação à dobra de dois, ao ser/ente em movimento, não podendo a igualdade de ser/ente, que os distingue mas os tem como um, ser confundida com identidade entre ser e ente apregoada pela metafísica.

> Diferentemente, da maneira como as pessoas percebem, as coisas não estão reunidas apenas pela sua simples identidade, como também pela sua alteridade, já que o conjunto não é mera aglutinação, mas a união das coisas que ao mesmo tempo se pertencem e

> se distinguem, tal como o todo e o não todo, o consonante e o dissonante (MICHELAZZO, 1999, p. 95).

Se a palavra-guia de Platão era a *Paidéia*, a representação das coisas do mundo exterior na mente do homem inferior ou a conformação dos homens e das coisas, e a palavra-guia de Parmênides foi o *Mesmo*, a de Heráclito foi *Logos*.

Logos, nesse momento de apreensão do real em seu sentido originário, não tinha a conotação que tem hoje como razão, discurso, dizer, mas se aproximava muito mais dos verbos *legein* (grego), *legere* (latim) e *lesen* (alemão), significando colher, recolher, juntar num conjunto, reunir (idem, 1999, p. 31).

O ser, portanto, é o *logos* (reunião) dos entes, expressos na linguagem, uma potencialidade infinita e imprevisível, posto que oculta até o seu desabrochar no ente. O ente, é a revelação (aspecto) do ser que desabrocha, sendo a linguagem o meio de retê-lo e conservá-lo dentro do real de forma consistente. "*Logos* [reunião] e *Phýsis* [abertura] formam, portanto, uma unidade que se mostra através de dupla face".

Conforme Michelazzo (1999, p.31):

> Uma vez posto isto, indagamos: o que é o homem como um ente que possui uma intimidade toda própria com esse ser que se mostra por meio de dupla face? Ser homem é pertencer a essa distinção originária com o ser e isto significa que o homem só é o ente que "é" porque pensa, ou seja, enquanto

> segue e acompanha a predominância daquilo que brota (*physis)* e reúne (*logos)* - e porque fala, isto é, enquanto retém e conserva na palavra nomeadora aquilo que brotou e reuniu.

A linguagem é, pois, junto ao ser/ente a sua expressão ("no ínicio era o verbo"). Contudo, como visto, o período pré-socrático que compreendeu a dualidade do movimento do ser e ente, ser e aparência, ser e pensar, brotar e esconder, desvelar e velar, abertura e recolhimento, etc., foi substituído pelo período da metafísica clássica propagada por Platão, que desvirtuou os conceitos de *physis* e *logos*.

Logos passou a ser apreendido como *ratio* - razão, escolha - e, não mais como reunião, recolho; e *Physis* passou a ser entendido como *ideia,* significado, elemento dado e estabelecido e não mais como sentido, possibilidade. A reunião transformou-se em arbítrio e a potencialidade do desvelamento, a abertura, passou a representar a ideia um, o ideal.

Para Heidegger apud Michelazzo (1999, p. 33), a palavra normativa e guia de Platão *ideia* sob a qual se construiu todo o modo dominante de pensar ao longo da história do Ocidente significa: "o visto no visível, o viso que alguma coisa oferece", ou seja, o significado tomou o lugar do significante, o pensar não é mais ser e recolher o que se apresenta, mas sim colher o significado já dado, fixado pelos enunciados contidos nas *ideias*.

Está sacramentado, portanto, a ideia pré-estabelecida como única forma de interpretar o ser e não como ponto de partida. Não se busca mais recolher

possíveis outras respostas, dentro desse paradigma, se alguém já estabeleceu a forma como as coisas devem ser. O modelo trazido pelo intérprete de fora para dentro (da caverna) como sendo o superior (ideal, modelo) deve ser fixado.

No âmbito jurídico, tomar a ideia ou o ente (aspecto do ambiente ôntico) como sendo a verdade ou o ser (potencial do ambiente ontológico) fez com que a legitimidade fosse preterida pela legalidade no Direito.

1.2 Desdobramentos da metafísica platônica – a transição

Seguindo a interpretação de verdade de Platão, Aristóteles, traz a palavra-guia *energeia* para nomear o ser do ente, ligando-o também aos dois âmbitos. No entanto, Aristóteles dá primazia ao ambiente sensível por ser a dimensão em que o ser se apresenta e se demora como ente, o palpável, o fato que *é*, a realidade existencial, o ambiente ôntico.

A presença supra-sensível é para ele secundária, aquela que volta a sua origem se ocultando sem oferecer espaço-tempo de apreensão de sua realidade-possibilidade. Nesse sentido secundário, a presença se manifesta então, com a questão: o que é (o ente)? A realidade da essência, o ambiente ontológico.

No entanto, para o entender de Heidegger, não é correto opor a *Energéia* de Aristoteles à *Paidéia* de Platão, uma vez que Aristóteles também se utiliza de uma

dimensão geral e supra-sensível para conceituar o ser do ente. Isto pode ser testificado pelo conceito emitido por Aristóteles a respeito do homem: “o animal que tem por dote a razão”. Essa afirmação privilegia a noção mais ampla e geral do homem, sua essência, *zoon*, o animal, atribuindo-lhe a diferença específica *lógon*, razão.

O “animal” como conceito mais amplo seria também mais consistente e mais original, por situar-se no âmbito supra-sensível, no lado exterior da caverna (onde as coisas se desvelam). O aspecto característico, mais próximo, estaria na dimensão interna da caverna, no âmbito sensível, da existência.

Para Heidegger, entre *enérgeia* e a inicial essência do ser, *alétheia/physis* dos pré-socráticos, está a *idéia* (referencia, p. 46, 329). Tanto energia quanto idéia constituem-se como o *um,* o príncipio fundamental que sustenta o modo de pensar que tramita entre dois pólos opostos, ocultamento/desocultamento (verdade), formação e não formação, existência e essência (presença).

Essa interpretação pendular da realidade marca o universo grego herdado por todo Ocidente, cujo propósito pode ser resumido na seguinte afirmação:

> Formar (paidéia) um homem que venha a adquirir competência e excelência (techné - técnica) no trato com os entes, à medida que ele perceba (idéin) **o que eles sejam** (idéia/energéia) **em sua verdade** (orthotes - exatidão), de tal forma que lhes **permita dizer ou propor algo a respeito deles** (logos - razão) (Michelazzo, pág. 47)

A Paidéia dos gregos transformou-se na *Humanitas* dos romanos. Foi em Roma, que surgiu este termo como um processo que ligava o homem às boas artes, ao conhecimento e a cultura (erudita). A *Humanitas* tinha a função de tornar o homem um ser que corresponderia à determinada visão ou modelo (a ideia primordial, o ente supremo).

O modo de ser do humanismo estabeleceu um determinado tipo de homem, livre para ser "homem-humano" dentro do preestabelecido pelo próprio humanismo, através da metafísica baseada na *ideia*.

A metafísica conforma o homem a uma ideia e dá a isso o nome de formação (paidéia). Descarta os sentidos propostos pelo ser, apreendendo apenas os significados obtidos através de seu modo de pensar. É uma escola objetiva na medida em que os dados já foram dados, basta aplicá-los.

Fundamentando o humanismo, a metafísica forma (paidéia) um homem/humano competente e excelente, que tem na técnica sua ferramenta de deslumbre do real, admitindo este de acordo com a sua capacidade em atribuir-lhe conceitos exatos (orthotes/verdade), que são inspirados a partir do modelo, protótipo, do um (ideia/energia), e que devem ser permanentes.

Dessa forma, o homem racional sente-se bem a respeito daquilo que detém um conhecimento prévio e acabado. **E a habilidade técnica em manipular os conceitos faz com que esses, previamente estabelecidos, encontrem um fundamento adequado de acordo com a realidade (ideia/energeia) do discurso lógico do homem.**

Caminhando no tempo, no século quarto do milênio passado tem-se o início da Idade Média. Esse período é marcado pela ascensão da Igreja, oriunda da comunidade de apóstolos (seguidores) do Cristo. Os ensinamentos evangélicos buscaram seus fundamentos na filosofia clássica grega, fundando a teologia.

> Igreja e teologia juntos – à medida que formam uma doutrina como fruto de uma interpretação da realidade, da verdade, do próprio homem e mediante a qual estabelecem e consolidam um modo de vida pautado por preceitos e sanções – tornam-se cristianismo (idem, 1999, pág. 49).

Segundo Michellazo (1999), o evangelho distingue-se da teologia, pois que o primeiro fundamenta-se em um sentido *kariologico*, de imprevisibilidade dos acontecimentos futuros e pura confiança no Pai; enquanto que a teologia prega a interpretação da vida do Cristo a partir do método metafísico, em sentido *cronológico*. O evangelho [de Cristo] vivido teologicamente torna-se um guia seguro para a existência humana, que deverá acontecer de acordo com o padrão estabelecido pela Igreja (nascer, casar, morrer e ir para o céu).

Na era medieval é em torno da doutrina teológica que o mundo se determina, estruturando-se através de dois grandes movimentos, conhecidos classicamente como patrístico e escolástico. Ao primeiro, organizado pelos Padres da Igreja, cujo expoente foi Santo Agostinho, compreendeu os séculos II e VII, e edificou o caráter doutrinário da mesma, protegendo-a dos ataques pagãos, em um caráter apologético.

Segundo Michelazzo (1999, pág, 51):

> A base filosófica para a consecução dessas duas tarefas da patrística é extraída do pensamento platônico. Toda a interpretação da realidade presente nos ensinamentos do evangelho é, portanto, sobreposta ao modelo de Platão. Os temas patrísticos do corpo e da alma, do pecado e da graça, da perdição e da salvação, seguem a mesma descrição do mito da caverna do filósofo grego, ou seja, esses temas estão dispostos segundo a concepção dual da realidade.

O segundo movimento, chamado escolástico, compreende à segunda metade do período medieval – do século IX ao XV e tem Santo Tomás de Aquino (sec. XIII) como representante máximo. Enquanto a Patrística refletia o trabalho de Platão, a Escolástica tem como grande fonte de inspiração Aristotéles (MICHELAZZO, 1999).

Dentro do cristianismo elaborado pelos escolásticos percebe-se também um humanismo decorrente da metafísica clássica, pois, mesmo que o centro das atenções seja dirigido para Deus e não para o homem, a história da humanidade é produto ou significado (um ente menor) da história da salvação, a ideia das ideias, o modelo ou protótipo. O homem (ente) é uma cópia do *ens creatum* (Deus).

Contudo, com o advento do cristianismo veio a segunda interpretação do ser, na medida em que o real eficaz repousa sobre o real supremo: *Deus creator.* Segundo Michellazo (1999, pág. 53):

> o ser, portanto, interpretado no seu caráter causal, é aquele ente último, supremo, que se apresenta em toda a sua pureza e que nunca conhece senão a sua sempre e constante realização... Ele é o Ens creator [Criador] que domina o âmbito do supra-sensível, o principio e causa final de cada um dos demais entes – ens creatum [criatura] – que pertencem ao mundo sensível.

No que Aristotéles interpretou como presença (*energéia*), os romanos interpretaram como ação (*actualitas*). A realidade passou a ter relação com a efetividade (*actus, agere*). **Na atualidade, o ser, que na verdade é apenas tomado como ente, é algo na medida em que faz, produz**. O homem-criatura continua a ter um papel preponderante em meio ao Real, uma vez que está entre Deus e as demais criaturas, é o encarregado de criar a semelhança do Criador.

Nesse paradigma filosófico (religioso), o homem é o próprio filho de Deus implicado na busca pela salvação, pelo supra-sensível, devendo sua existência amoldar-se ao máximo pelo modo de ser exterior, superior, contido nas ideias teológicas que caracterizaram Deus e o Céu. **Existir para o mundo ideal *(supra-sensível)* que está no além, no porvir é o propósito do ser do homem-criatura. A vida cotidiana (mundo sensível) é uma mera sombra a ser atravessada em prol da luz que deverá brilhar na ressureição dos salvos.**

Esse modo de perceber o Real dos escolásticos serviria de sustento para o pensamento seguinte: a razão de Descartes. **Após o homem tornar-se criatura pelos**

escolásticos, tornou-se coisa (pensante) pela filosofia de Descartes.

> Assim, este modo coisificado e objetivado de apreender o real será determinante para aquilo que, posteriormente, veio a se chamar cultura, ciência e técnica dos tempos modernos. (MICHELLAZZO, 1999)

Dentro desse paradigma tradicional de interpretação do que é o ser, chamado metafísica, o homem resiste à atitude do objeto de deixar-se revelar (desocultamento) a fim de que seu intérprete possa captar os sentidos vitais à produção de um significado entre outros, e opta por um caminho em que o arbítrio (a razão já dada) determina como as coisas são.

A razão (*logos*) não se preocupa mais em recolher os sentidos dados pelo ser no ente (objeto), o que poderia levá-lo a novas interpretações e significados, mas sim em sistematizar e aplicar àquele ser que se revela os significados que já foram antes estabelecidos e estão dispostos em enunciados lógicos.

Produzindo um significado antecipado em relação a possibilidade de sentidos dados pelo ser, tal modo de conhecer e vivenciar a realidade deflagra respostas produzidas antes mesmo das próprias perguntas. Já não é mais necessário pensar, refletir, seguir o apresentado, contemplar, posto que as respostas já estão todas aí, à mão.

Em suma, o paradigma metafísico clássico pode ser definido como “o modo de pensar que pensa e produz, por si mesmo, os seus próprios enunciados e, mediante

os quais, determina a verdade dos entes em sua exatidão" (JACOMINI, 2013).

A metafísica clássica, ainda dominante, fundada por Platão e criticada por Heidegger, privilegia o homem (ente) em meio ao real colocando-o acima do ser, determinando o ser pelo significado atribuído ao ente, sem fazer assim a distinção entre um e outro. Para tal modo de apreender a realidade, conhecer é identificar, fazer com que a realidade e a verdade (da ideia) sejam uma só.

Como visto, tal distinção entre ser e ente é fundamental para ampliar os horizontes de percepção, interpretação e aplicação do sistema jurídico às realidades sociais, posto que estas se revelam de maneira dinâmica e polifórmica.

CAPÍTULO 2

A METAFÍSICA MODERNA E A LÓGICA CARTESIANA

2.1 Descartes e o modelo cartesiano de investigação-apropriação da realidade

Descartes, na esteira da estrutura de pensamento dos escolásticos, ligou os dois âmbitos, supra-sensível (idéia/alma/cogito/pensamento) com o sensível (paideia/corpo/comportamento), na máxima que fundou o pensamento moderno: "*Cogito ergo sum* (penso logo existo)".

> Assim, a *res cogitans* também continua a ser, à maneira medieval, interpretada como *ens speciale,* isto é, colocado num lugar intermediário entre Deus e todas as demais criaturas, só que essa situação especial, que para o cristianismo era o fato do homem ser considerado filho de Deus, é agora deslocada para o fato dele ser o único *ens creatum* a possuir a faculdade de pensar. **Ser coisa pensante é, para Descartes, o que constitui a essência do homem** (MICHELAZZO, pág 58).

Tal atributo do homem e modo de conhecer a realidade inaugurou a chamada filosofia da consciência, paradigma da metafísica moderna. Conforme Luiz (2013, p. 31) “o sujeito, antes assujeitado pelo objeto, eis que

buscava neste a verdade através de sua “essência” -, torna-se [agora] assujeitador. É o primado da razão, pela qual as coisas só existem se pensadas por um sujeito”.

Nesse ínterim, em que o ponto de partida para qualquer conhecimento é o próprio sujeito cognoscente, o ser pensante (*ergo sum),* tem-se o subjetivismo como reflexo da verdade. **A razão produzida pelo homem e a sua certeza, torna-se a medida da realidade, relegando ao não existente e desimportante aquilo que não pudesse ser pensado.** Vale lembrar que o próprio ser do ente (ambiente de revelação e ocultamento) é com este confundido, posto que indeterminado e não questionado ou buscado.

Conforme Monteiro (2006, p. 24):

> o projeto cartesiano de cientificação do conhecimento - escorado no modelo de raciocínio *more geometrico,* dedutivista - vinculou a ciência racional a um sistema de proposições universalmente válidas e irrefutáveis. **O dedutivista não se preocupa em saber o que funda o seu conhecimento, mas limita-se à aplicação correta do método que utiliza.** Essa atitude faz da ciência um discurso imobilizado, operando apenas a partir daquilo que já conhecido.

A *evidência* é a âncora do projeto cartesiano impulsionado por Descartes, sendo o evidente aquilo que não se pode discutir sobre o objeto. Conforme Monteiro (2006, p. 21) o método racional cartesiano se apoia na apreensão pela intuição de algo que deve ser aceito como

verdadeiro e a partir de então trabalha deduzindo desse fundamento as verdades simples com “maior rigor lógico”, através do método da dúvida.

> O princípio cartesiano de que a ideia é o único objeto imediato do Conhecimento, e que, por isso, a existência da ideia no pensamento nada diz sobre a existência do objeto representado, obviamente punha em crise a doutrina do conhecer como identificação com o objeto: nesse caso, o objeto é claramente inalcançável. Descartes continuara a conceber a ideia como "quadro" ou "imagem" da coisa, de ver no Conhecimento, mais do que a assimilação ou a identidade da ideia com o objeto conhecido, a assimilação e a identidade da ordem das ideias com a ordem dos objetos conhecidos. [...] Em todas essas observações, embora não se negue o caráter de semelhança ou de imagem dos elementos cognitivos, o Conhecimento é entendido propriamente como identidade com a ordem objetiva. Seu objeto é propriamente essa ordem e o conhecer é a operação que tende a identificar ou a identificar-se com ele, e não com os elementos singulares entre os quais intercede (Abagnanno, 2007, p. 178).

No modelo cartesiano há uma transposição das ciências exatas para todos os campos do conhecimento. Tudo aquilo que não pudesse partir da *evidência* estaria

desprovido da cobertura da razão. Assim, as ciências humanas com temas como Moral, Política, Direito, Religião, Filosofia ficaram fora de um paradigma que lhe era apropriado, posto que suas ‘verdades’ não são matemáticas e perenes, mas condicionados pelo sabor do tempo e das circunstâncias de cada lugar (MONTEIRO, 2006).

> A proposta do método de Descartes consiste em traspor as certezas matemáticas para todos os campos do conhecimento. Estabelecido o conceito evidência como sendo o único critério identificador do pensamento racional, tudo aquilo que a razão, assim compreendida, não reconhecer como portador desse critério, mas deve ser colocado em dúvida. Como a dimensão argumentativa das relações humanas corresponde, precisamente, ao estudo dos raciocínios que não são evidentes e que nem podem ser logicamente demonstradas, ela resta automaticamente excluída enquanto objeto de pesquisa. Para o cartesianismo, as “ações da vida”, tais como as controvérsias filosóficas, os debates políticos e religiosos e as disputas judiciárias, estariam desprovidas da cobertura da razão. No campo da Moral, Política, do Direito, da Religião, da Filosofia e das Ciências Humanas, as atividades de decisão, crítica argumentação e justificação não podem ser exercidas sob o critério do que é evidente ou necessário (MONTEIRO, 2006, p. 21).

Para Monteiro (2006, p. 22) duas graves consequências da teoria cartesiana do conhecimento são apontadas: “a primeira é o caráter a-social e –a-histórico do saber assim racionalizado, e a segunda é o inevitável distanciamento entre a teoria e a prática”.

Em resposta a tal paradigma, Chaim Perelmam introduziu a Teoria da Argumentação através de sua Nova Retórica, para esclarecer a distinção entre o discurso filosófico e o discurso científico, posto que:

> Enquanto o conhecimento científico é objetivo e emotivamente neutro, o conhecimento filosófico é subjetivo e emotivamente qualificado. O discurso científico propõe enunciados lógicos que têm caráter peremptório e que pretendem o reconhecimento universal. O discurso filosófico é pertinente ao mundo dos valores, os quais, embora também pretendam um consentimento universal, este não lhe é imposto. Os postulados filosóficos conservam sua validade ainda que negados. Em Filosofia, nada é definitivamente provado nem negado (Monteiro, 2006, p. 22).

A obra de Perelman e seus desdobramentos, com as teorias discursivas decorrem das novas reflexões que surgiram a partir da crise do modelo cartesiano no pós-guerra, se insurgindo contra a ditadura cartesiana da evidência, o dogmatismo das ciências e as reduções positivistas. Conforme Streck (2011, p. 22) “não é,

portanto, pela análise da sintaxe ou da lógica que se explicita o elemento filosófico em um texto".

A Lógica moderna formalizou-se em uma Lógica da Demonstração. A demonstração é a apresentação de conclusões verdadeiras ou falsas (juízos apofânticos) ou calculáveis a partir de premissas assumidas da mesma forma. A validade das premissas determina a validade das conclusões, desde que observado o procedimento demonstrativo pré-determinado.

Para o campo das ciências exatas o modo de apresentar o conhecimento da realidade de forma binária (verdadeiro ou falso) rendeu inúmeros progressos. Contudo, o projeto unificador das ciências fracassa quando se tenta utilizar-se desse método para fundamentar as respostas das ciências humanas, posto que nesta a demonstração resta insuficiente para regular suas inúmeras variáveis que tornam o problema isento de uma *evidência.*

Para Monteiro (2006) no pensamento de Chaim Perelman, a resposta não se dá pela demonstração em sede de ciências humanas, mas sim pela argumentação, sendo que seus críticos aduzem que não é qualquer discurso capaz ou mesmo legítimo para encontrar a resposta correta ou justa no mundo das ciências humanas, mas especificamente dentro do sistema jurídico, no qual o decidir do interprete vincula a própria realidade, devendo, portanto, tal discurso ser dotado de um fundamento ético ou moral.

Ocorre que, para a Lógica formal ou cartesiana, "a expressão de um julgamento de valor, a justificação de uma escolha ou decisão, os fundamentos de nossas ações e de uma porção significativa dos nossos

pensamentos constituem-se atos subjetivos e arbitrários" (MONTEIRO, 2006, p. 30).

Os racionalistas julgavam que as ciências humanas, assim como as ciências exatas, também estariam sujeitas aos postulados dos juízos apofânticos (verdadeiros ou falsos) obtidos primeiramente através da teoria do conhecimento, chamada de epistemologia e depois da metodologia.

A epistemologia, ou teoria do conhecimento, conforme Nicoulau Abagnnano (2007, p.183) é uma teoria idealista que busca apreender a realidade das coisas ou, em geral, do "mundo externo". A epistemologia primeiramente toma o conhecimento como algo fora do homem, ou seja, uma categoria que pode ser alcançada através de procedimentos cognoscitivos particulares dos quais o homem dispõe dentro e fora da ciência. Assim, cabe ao homem verificar se a sua ideia interna corresponde a uma entidade externa, fora da consciência, dividindo assim as ideias reais e das fantásticas (como unicórnio que não existe, por exemplo).

Ocorre que, mesmo partindo do pressuposto que as ideias são consideradas reais ou não, a epistemologia se apresenta como um movimento idealista posto que a realidade externa deverá corresponder ao que está na realidade interna do sujeito (o pensamento ideal, a *ideia real*).

Assim, conforme Abbagnano (2007), a teoria do conhecimento perdeu seu primado quando começou a se duvidar do conhecimento como algo substancial a ser alcançado como dado primitivo, ou seja, um objeto exterior a própria consciência do indivíduo.

Os analistas contemporâneos também rejeitam o primeiro pressuposto da

> teoria do Conhecimento, isto é, que o conhecimento é uma forma ou categoria universal que pode ser indagada como tal: assumem como objeto de indagação os procedimentos efetivos ou a linguagem científica, e "conhecimento" em geral. Portanto, a teoria do C. perdeu seu significado na filosofia contemporânea e foi substituída por outra disciplina, a metodologia (v.), que é a análise das condições e dos limites de validade dos procedimentos de investigação e dos instrumentos lingüísticos do saber científico (ABBAGNANO, 2007, p. 194).

Nessa sucessão de paradigmas, sem esquecer-se do fenômeno inerente às revoluções cientificas que é a sobreposições de correntes teóricas no tempo (KUHN, 2006), a metodologia se revelou a herdeira da epistemologia, recebendo desta a bagagem válida dos problemas da teoria do conhecimento e pretendendo superar o dogma do conhecimento representativo, da metafísica clássica, segundo o qual os estados internos (ideias, representações, etc.) são os objetos primários de conhecimento, e que a partir deles é que se pode (talvez) ser inferidos objetos de outra natureza (ABBAGNANO, 2007).

Segundo Abagnanno (2007, p. 182) “a característica fundamental do objeto da metodologia das ciências hoje é o caráter operacional e antecipatório dos seus procedimentos. [...] De forma que o objetivo fundamental desta não é a descrição, mas a previsão”.

Importante ressaltar que, em certo contraponto aos racionalistas, na busca pela correta forma de pensar (o pensar) e entender o conhecimento humano, o movimento empirista, assim reconhecido na Idade Moderna, mas cujas bases são da Antiguidade Clássica, baseava-se na credibilidade das experiências como fonte do real.

De forma que, ao invés de investir em juízos *a* priorísticos o empirismo fomenta a verificação prática das teorias. Se no movimento racionalista, tem-se o método lógico formal, calcado no raciocínio silogístico e na dedução o instrumento para determinar a veracidade das premissas e alcançar as conclusões verdadeiras, no movimento empirista tem-se a metodologia cientifica como instrumento para verificar se as teorias correspondem à realidade.

Para o pragmatismo de Dewey, que bebe das fontes do empirismo, o conhecimento é o resultado da investigação, ou a asserção válida resultante de uma pesquisa e que vai sendo confirmado em novas investigações. Contudo, cabe ressaltar que para ele tomar o produto de uma investigação passada como objeto real e existente é também produzir conhecimento representativo, uma vez que a ideia que se teve enunciada é tomada como realidade sem ser investigada em si mesma (ABBAGNANNO, 2007).

O empirismo está fortemente alocado no pensamento jurídico moderno que conduz ao pragmatismo processual, como será visto adiante.

2.2 Kant e o ápice da filosofia da consciência

Segue-se ao paradigma racional de Descartes e inspirado no movimento empirista de interpretar a realidade, a obra de Imannuel Kant com suas três *Críticas: A crítica da razão pura* (1781), *A crítica da razão prática* (1788) e *A crítica do juízo* (1790).

> Para Kant, a ordem objetiva da natureza, portanto, outra coisa não é senão a ordem dos procedimentos formais do conhecer, na medida em que essa ordem se incorporou em um conteúdo objetivo, que é o material sensível da intuição. Desse ponto de vista, conhecer não é uma operação de assimilação ou de identificação, mas de síntese; e como tal deve ser considerada sob outro aspecto, do Conhecimento como transcendência (ABGNANNO, 2007, p. 178).

Segundo STOKES (2013, p. 191) Kant acreditava ter resolvido o impasse entre racionalistas e empiristas de como a mente adquire conhecimento a partir da experiência afirmando que a mente impõe princípios à experiência para gerar conhecimento.

> Ele argumentou que, para os seres humanos interpretarem o mundo, a mente humana havia de impor certas estruturas ao fluxo de dados recebidos por seus sentidos. Kant tentou defini-las

> em termo de doze juízos fundamentais, que ele denominou Categorias (substância, causa/efeito, reciprocidade, necessidade, possibilidade, existência, totalidade, unidade, pluralidade, limitação, realidade e negação), que só poderiam ser aplicados dentro de uma estrutura espacial e temporal. Assim, Kant afirmou que tanto as Categorias quanto o espaço e o tempo, denominados “formas de intuição”, eram impostos sobre a experiência fenomênica pela mente humana no intuito de dar sentido a ela (STOKES, 2013).

Nessa doutrina, conhecer significa transcender ao objeto que está presente, de forma que “os procedimentos do conhecer não visam converter-se no próprio objeto do conhecer, mas tornar presente esse objeto como tal ou a estabelecer as condições que possibilitam sua presença, isto é, permitem prevê-la” (ABGNA

> O conceito do Conhecimento como operação de conexão ou de interligação, que nada tem a ver com a identificação ou a assimilação com o objeto, é chamado por Kant de operação de síntese. A síntese é, em geral, o ato de reunir diferentes representações e compreender sua multiplicidade em um Conhecimento. [...] Para Kant, a síntese cognitiva não é somente uma operação de ligação entre representações: é também uma operação de ligação dessas

> representações com o objeto por meio da intuição (IBIDEM).

Assim surge o caráter relativista da filosofia de Kant, posto que parte do pressuposto que o objeto deve ser representado (categorizado ou conceituado) imediatamente através da intuição, sendo o produto da conexão entre a representação e a experiência do sujeito (real ou possível). Surge daí **que pensar um objeto e conhecê-lo não são, portanto, a mesma coisa, mas uma relação**, a qual foi desenvolvida pela filosofia contemporânea e suas correntes (ABBAGNANO, 2007, p. 180).

> A característica da Metafísica kantiana é sua pretensão de ser "uma ciência de conceitos puros", ou seja, uma ciência que abarque os conhecimentos que podem ser obtidos independentemente da experiência, com base nas estruturas racionais da mente humana (ABBAGNANO, 2007, p. 665).

Segundo Luiz (2013) a razão prática de Kant serviu como modelo dominante durante o século XX, sendo que a metafísica kantiana caracterizou o ápice da subjetividade. Sob a justificativa “lógica, evidente ou correta” de ser impossível mediante conceitos estabelecer algo *a priori* sobre os objetos, tem-se a necessidade de pensá-los e criá-los por meio de uma razão pura (LUIZ, 2013).

O Imperativo categórico é um dos principais conceitos da filosofia de *Kant,* considerada por ele mesmo

como uma lei moral universal*:* "Age como se a *máxima* de tua ação devesse tornar-se, através da tua vontade, uma lei universal". Dessa forma, para Kant a conduta moral do homem, o agir em sociedade, deveria ter como fundamento uma regra universal (STOKES, 2013).

Conforme Hannah Arendt em *Responsabilidade e Julgamento* (2004, p. 208-209), apenas na conduta estética Kant considerou o homem no plural:

> Apenas quando se trata desses julgamentos de gosto é que Kant encontra uma situação em que o dito socrático: "É melhor estar em desavença com o mundo inteiro do que, sendo um, estar em desavença comigo mesmo" perde um pouco da sua validade. Nesse ponto, [no compartilhar o mundo], não posso estar em desavença com o mundo inteiro, embora ainda possa me descobrir em desavença com boa parte dele. Se considerarmos a moralidade como algo que engloba mais do que seu aspecto negativo, o abster-se de fazer o mal, que pode significar abster-se de fazer qualquer coisa, teremos que considerar a conduta humana em termos que Kant achava apropriados apenas para a conduta estética, por assim dizer. E a razão pela qual ele descobriu certas regras moralmente significativas nesse esfera aparentemente tão diferente da vida humana foi que apenas nesse campo ele considerou os homens no plural, vivendo em comunidade. É, portanto, nesse contexto que encontramos o árbitro imparcial da

> vontade como *liberum arbitrium.* "Apreciação desinteressada", como devem saber, é a definição de Kant para o que sentimos diante da beleza. Por isso, o egoísmo não pode ser superado pela pregação moral que, ao contrário, sempre me manda de volta a mim mesma; mas, nas palavras de Kant: "o egoísmo só pode ser contraposto pelo pluralismo, que é uma estrutura do espírito em que o eu, em vez de ficar envolto em si mesmo, como se fosse o mundo inteiro, considera-se cidadão do mundo" [...] **A razão é o senso comum. Se o senso comum, o senso pelo qual somos membros de uma comunidade, é a mãe do julgamento, então nem mesmo uma pintura ou um poema, muito menos uma questão moral, pode ser julgada sem invocar e pesar silenciosamente os julgamentos dos outros**, aos quais me refiro do mesmo modo como me refiro ao esquema da ponte para reconhecer outras pontes.

A experiência de conhecer, na metafísica clássica é subjugada por uma necessidade de estabelecer o que são e como são as coisas de uma maneira prévia. Para a metafísica moderna já não importa mais a realidade dos objetos em sua "essência", mas sim o modo lógico (ordenação) de estabelecer essa realidade de forma prévia pelo sujeito seja através do intelecto ou da experiência.

Na impossibilidade de captar todos os sentidos possíveis da realidade das coisas, escolhe-se um significado e, a partir de então, preocupa-se em uma construção teórica que exponha tal significado com eficiência. Tal é o projeto da realidade a partir da razão humana desde metafísica clássica até se chegar à analítica do ser aí e seus desdobramentos.

CAPÍTULO 3

A NOVA METAFÍSICA – O GIRO LINGUISTICO

No século XX, influenciado a princípio por Kant, mas tomando outras influências maiores como Husserl, o filósofo alemão Martim Heidegger (1889-1976) criticou o modo de pensar ocidental dominante na filosofia clássica propondo que a verdadeira metafísica (entendimento da realidade) se expressa na sua própria etimologia: além, depois de;, natural.

Assim, a metafísica deveria ir além do ente (objeto dado/revelado) para investigar o ser, descobrindo assim o que é o objeto, o homem ou quem é ele no mundo, a realidade compartilhada.

Conforme Abagnanno (2007, p. 180) para Heidegger conhecer é um modo de ser do ser-no-mundo (*dasein*), isto é, de transcender do sujeito para o mundo. Nessa abordagem, o próprio problema do conhecimento teria sido anulado, posto que:

> O Conhecer não pode ser entendido como aquilo pelo que o *ser-aí* (isto é, o homem) vai de dentro para fora de sua esfera interior, esfera na qual estaria, anteriormente, encapsulado: ao contrário, o *ser-aí,* em conformidade com seu modo de ser fundamental, já está sempre fora, junto ao ente que lhe vem ao encontro no mundo já descoberto (ABAGNANNO, 2007, p. 181).

O conhecimento nessa nova abordagem é o estímulo para o fenômeno do aparecer, revelando a realidade, podendo esta ser apreendida de variadas formas. Conhecer a realidade não se trata de ser um sujeito ativo, assujeitador dos objetos, tampouco passivo que se conforma com essências e dogmas a prioristicos. Conhecer, para Heidegger é *estar com* de forma contemplativa, abstendo-se da ação para deter-se junto ao ente, estando presente, uma vez que a experiência é auto fundante da realidade, mas o conhecer também pode ser de dar através da ação, de forma prática, estando com para alguma coisa.

> O "problema do C[onhecimento]." e o "problema da realidade", do modo formulado pela filosofia do séc. XIX, são, pois, eliminados por Heidegger. Todas as manifestações ou graus do conhecer (observar, perceber, determinar, interpretar, discutir, negar e afirmar) pressupõem a relação do homem com o mundo e só são possíveis com base nessa relação (ABAGNANNO, 2007, p. 180).

Heidegger resgata o raciocínio pré-socrático, dentro do qual ser e ente compõe uma unidade originária. O ser é o espaço do ocultamento que revela o ente. Assim, o ser constitui-se o abrigo do ente e para se chegar até ele é necessário uma forma especial, já que se trata de um objeto inapreensível.

Perguntar pelo ser é evidenciar, portanto, um ente (JACOMINI, 2012). O rio é visto apenas como o rio

daquele momento, um ente revelado pelo ser rio, conforme metáfora já citada de Heráclito.

Conforme Luiz (2013, p. 34):

> Esquece, portanto, que a impossibilidade de definição do ser, seja pela finitude da própria representação ou pelo fato de ele acontecer apenas em si mesmo, antes de dispensar a questão de seu sentido, a impõe. Por isso, Heidegger afirma que Kant não conseguiu penetrar no problema da temporalidade por dois fatores: o primeiro, como dito acima, pela falta da questão do ser, situação que leva intimamente ao segundo, qual seja, “a falta de uma ontologia explícita da pré-sença ou, em terminologia kantiana, a falta de uma analítica prévia das estruturas que integram a subjetividade do sujeito”.

Apresenta-se então a fenomenologia, como um modo de conhecer ou de ser, posto que o relevar-se do ser pode ser entendido como fenômeno:

> Em sentido originário do termo, fenômeno é qualquer coisa que se encontra escondida no lugar de onde surge e para onde retorna. É, ao mesmo tempo e em linha essencial, qualquer coisa que constitui aquilo que se manifesta a partir de seu surgimento e da sua ocultação, de modo a exprimir sentido e fundamento. Mostra-se aquilo que precisamente não se mostra. A

> própria coisa é profundamente velada. O fenômeno é velado porque se esconde, não se mostra (JACOMINI, 2013, p. 128).

Alessandro Jacomini (2013, p. 126) explica que para Heidegger o ser é o “projetante” enquanto o ente é o “projetado” do ser: “projeto é o movimento do colocar-se de uma representação, é o considerar-se como uma realização da subjetividade, é a maneira de ser disposta no ente como tal. É, pois, um projeto de iluminação”.

Tal revelação e desocultamento do ser só é possível de ser compreendida através da linguagem, pois “a linguagem inicia o ser humano no caminho da revelação [...], garante a possibilidade de manter-se na abertura do ser. Onde se é abertura se é mundo e onde se é mundo se é história” (JACOMINI, 2012, p. 123).

Como aduz Neto (2011. p. 29) “a equivocada busca de objetividade pressuporia que o observador atuasse isento das noções e juízos que o circundam” e ainda, “a historicidade e a temporalidade do intérprete revelam-se no ato de compreender, pois esse não é um modo de conhecer, mas sim um modo de ser. Há, portanto, a substituição da epistemologia pela ontologia”.

Nesse novo contexto filosófico da hermenêutica, que parte de Heidegger, o importante passa a ser a existência concreta enquanto projeto singular do homem mergulhado na vida em sociedade, ou seja, o existir compartilhado, sendo a cisão sujeito-objetivo superada pela intersubjetividade.

Conforme Hannah Arendt (2004, p. 207):

> quanto maior for o número das posições de pessoas que posso tornar presentes no meu pensamento e, assim, levar em consideração no meu julgamento, mais *representativo* ele será. A validade desses julgamentos não seria nem objetiva, nem universal, nem subjetiva, dependendo do capricho pessoal, mas intersubjetiva ou representativa.

Para Heiddeger o *Dasein (*ser-aí*)* é o objeto de estudo possibilitado pela linguagem. Com a fenomenologia já não se busca uma noção universal do que é o homem, conforme a metafísica, visto que a pergunta passa a ser "quem é ele" (JACOMINI, 2013, p. 125). Tampouco, utiliza-se da linguagem como mero instrumento, mas como modo de ser: "é que a linguagem proporciona a possibilidade de que exista o mundo" (NETO, 2011, p. 29).

> A realidade é uma trama comum, produzida e solidificada ao longo do tempo pelo esforço de todos em conjunto e de cada um em sua singularidade. A consistência dessa realidade jamais é tramada fora de cada indivíduo, pois sua verdade é uma convicção sentida no espírito. Sem este, o desvelar-se não chega à sua concretude (JACOMINI, 2013).

Como o homem está lançado em um determinado espaço-tempo a linguagem que expressa a sua presença também está condicionada ao seu tempo:

> Somente a partir da temporalidade do discurso pode ser esclarecido o constituir-se do significado e, destarte, pode tornar-se compreensível ontologicamente a possibilidade da formação dos conceitos. Assim, a inflexão temporal do discurso tem raiz na constituição temporal do *Dasein*. Dessa, ainda surge a possibilidade de fixar o sentido ontológico do "é", que não pode ser reduzido a mero fenômeno de coligação entre representação e conceitos. O "é" e a sua interpretação encontram-se na representação espacial do discurso, no domínio problemático da análise existencial (JACOMINI, 2012, p. 127).

O som original da linguagem é o silêncio, portanto nada humano. A linguagem do homem evoca a coisa e o mundo, é um caminho. Não basta perceber o discurso em seu tempo, mas também em seu "lugar", entre o passado e o presente do Dasein que se expressa. Isso porque "o momento em que a verdade se rende fenomenologicamente explícita no conhecer é o momento em que se colhe a constituição da asserção como ser da própria coisa que é" (JACOMINI, 2012, p. 128).

Quando o ser se revela, lança ao mundo a sua identidade e diferença:

> O Dasein, para a fenomenologia, é determinado a partir de um feixe de possíveis modos de ser-no-mundo. Tais modos vem-a-ser enquanto o indivíduo existe. São modos de ser que ele

> existência, desenvolve, põe em andamento. O Dasein é composto simultaneamente de olhares diversos, supõe um jogo de olhares plurais e singulares (JACOMINI, 2012, p. 129).

Quando dois seres se encontram, encontram-se um ente com um ser e vice-versa, possibilitando o encontro com aquilo que se revela, bem como com o mistério do que se oculta. Dessa forma tem-se que os homens são e não são ao mesmo tempo e sempre. É pelo encontro com o outro que o ser encontra-se em sua realidade existencial e a pela linguagem que ele a exprime.

Dessa forma, para a fenomenologia, a coexistência é uma condição ontológica, o requisito da existência. Não é necessário estar com outro homem para existir, posto que as coisas existem (o mundo aí) e criam o coexistir. Contudo, é necessário o testemunho para validar a manifestação do ser, sendo que no momento que presentifica a revelação, a testemunha possibilita sua própria aparição, vindo a ser junto com o que se revelou (JACOMINI, 2012, p.130).

No âmbito jurídico o juiz representa o testemunho da aparição das partes no processo judicial, sendo que cada parte traz consigo seu ser bem como seu ente. O juiz (testemunho) é a forma como o Direito apreende o modo de ser dos seres que se revelam. É um ser garantidor que se revela tornando-se um ente a cada manifestação e vindo a ser junto com eles.

PARTE 2

MODO DE SER JUIZ NO PARAMETRO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 1

PARADIGMAS DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

1.1 Positivismos e pós-positivismo

O modelo cartesiano ou lógico-científico de apreensão dos dados objetivos deu origem ao Positivismo como método de verificação empírica das Ciências Humanas, desenvolvido a princípio por Augusto Comte e aplicado dentro do Direito através do positivismo exegético e posteriormente do positivismo normativo, desenvolvido por Hans Kelsen no século XX (NETO, 2011,p. 72).

Os postulados fundamentais do positivismo, segundo Nicolau Abbagnano (2007, p. 788) são: a) a ciência como único conhecimento possível e o método como único válido, sendo que uma pesquisa que recorre a causas ou princípios não verificáveis pela ciência não produz conhecimento; b) o método da ciência é puramente descritivo, devendo os fatos ser analisados e demonstrados através de leis capazes de prever os próximos eventos e fatos, (conforme Comte) ou demonstrar a evolução de fatos mais simples para os mais complexos (conforme Spencer); c) o método da ciência deve ser aplicado a todos os ramos do saber, da atividade e indagação humana.

Nesse paradigma, a finalidade da lei ou o resultado da subsunção é posto de lado sob o argumento da legalidade, do império do Direito e sua cisão com a

moral e a política. Tal paradigma jurídico-filosófico, de cunho formalista ou legalista teve origem na França, no século XIX, com o Código de Napoleão de 1804, a Escola da Exegese, que apregoa a função de passividade do juiz diante juízo político do legislador, em decorrência do dogma da separação dos poderes formulado por Montesquieu, cabendo-lhe apenas assegurar a segurança jurídica e a legalidade estrita.

Nas ciências jurídicas, por positivismo exegético entende-se aquele que trabalha em uma perspectiva de interpretação dentro do campo sintático da linguagem, pela qual "a simples determinação rigorosa da conexão dos signos que compunhas os Códigos seria suficiente para resolver os problemas da interpretação do Direito" (NETO, 2011, p. 72). Tem-se uma relação objeto-sujeito predominante nessa teoria.

Esse primeiro positivismo foi substituído pelo positivismo normativo. Para Neto (2011, p. 73) o positivismo normativo aplicado ao Direito não confere validade cultural a emanações ou manifestações subjetivas (juízos de valor) sem que atendam ao estatuto do científico, que deve-se identificar de forma analítica e empirista.

Segundo Kelsen apud Luiz (2013, p. 47), a interpretação pode ser entendida como "a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar". Portanto, sua teoria se baseia na relação sujeito-objeto própria da filosofia da consciência.

Para o jurista de Viena a interpretação autêntica, que é aquela realizada pelo órgão jurídico a fim de aplicar o direito, deve perseguir os escalões do ordenamento jurídico – a lei e posteriormente a Constituição - , a fim de

validar a decisão judicial que produz a norma jurídica no caso concreto.

Contudo, entre os níveis hierárquicos existem espaços ou lacunas diante da insuficiência do legislador em prever todas as hipóteses de aplicação da lei. Dessa forma, a Lei ou a Constituição (norma hipotética fundamental) seriam as molduras dentro das quais o intérprete deveria encontrar as respostas possíveis. Isso determina que para Kelsen é possível haver uma certa indeterminação na aplicação do Direito.

As indeterminações características da aplicação do Direito seriam de duas ordens para o pai do positivismo normativista: uma de natureza intencional, em que o criador da norma abstrata (legislador) a faz deixando espaços abertos para interpretação posterior ou, de ordem não intencional, em que a indeterminabilidade seria derivada da indeterminação semântica das palavras (literalidade/ambiguidade – polissemia das palavras) (STRECK, 2011).

Tais indeterminações seriam a razão de haver mais de uma resposta possível ao caso concreto, a ser escolhida de acordo com sua conformidade aos escalões superiores da norma.

Para Luiz (2013, p. 49) no positivismo normativo de Kelsen - e essa é a diferença para o positivismo exegético de Montesquieu, o juiz não opera como reprodutor das leis, “juiz boca da lei”, mas atua a fim de decidir, por ato de vontade, qual a resposta a aplicar ao caso concreto entre as respostas possíveis. Dessa forma, a resposta correta, no positivismo de Kelsen, é um problema de política de Direito e não de teoria do Direito.

Nesse viés, o órgão julgador em sua competência pode estender ou restringir os estreitos da moldura a fim de constar em seu interior a resposta que lhe melhor aprouver. Sendo a competência do órgão julgador estabelecida por lei, o conteúdo de sua decisão é relegado a um segundo plano, sendo válida a decisão judicial mesmo com conteúdo diverso aos postulados dos escalonamentos superiores conquanto não seja invalidada por órgão de competência superior.

Eis o problema do positivismo kelsiano,

> se, por um lado, existe a moldura - como freio epistemológico – por outro, ela não vincula o intérprete. Logo, se o aplicador possui a competência de decidir de forma definitiva, a decisão valerá independentemente da observância da moldura ou do próprio ordenamento jurídico (LUIZ, 2013, p. 51).

Contra tal consequência advogam os positivistas renovados contemporâneos, que ostentam ter retirado a discricionariedade judicial das esteiras do positivismo clássico de Hans Kelsen. Para Lucca (2016, p. 134) a diferença entre os positivistas clássicos e os renovados é que o adepto do novo positivismo têm como referencial primário a Constituição e os direitos fundamentais,

> sendo-lhe facultado afastar a incidência de uma lei quando substancialmente contrária ao que preceitua a Constituição. Nenhum deles aceita,

> como regra, que o juiz negue aplicação a uma norma jurídica válida e legítima para julgar segundo a sua consciência ou segundo o seu senso de justiça pessoal.

Defendendo o “positivismo moderado ou renovado”, Rodrigo Ramina de Lucca (2016, p. 134-135) aduz que:

> O Direito prevalece não na forma de um texto legal absolutamente claro e definitivo que deve ser simplesmente aplicado mecanicamente pelo juiz aos fatos concretos. O **Direito prevalece como um dado objetivo que serve de limite ao exercício do poder jurisdicional pelo magistrado, a quem compete *descobrir* a norma aplicável ao caso concreto** por uma atividade interpretativa que leve em consideração o ordenamento como um todo. As decisões judiciais, portanto, não devem ser legais, devem ser jurídicas. [Assim,] Por mais “fluido” que o Direito esteja ou venha a ser, ainda será necessária uma base dogmática para dar parâmetros à tomada de decisão.

Conforme Streck (2011) o positivismo não se supera enquanto paradigma jurídico-filosófico, posto que não atende a esse “como descobrir a norma aplicável ao caso concreto” de forma adequada. Ainda mais, porque no atual “estado da arte hermenêutica”, em sua

expressão, a positivação dos princípios dentro do paradigma pós-positivista do pós-segunda-guerra possibilitou o *panprincipiologismo* no Brasil associado à má compreensão das doutrinas que orientam a aplicação (Dworkin e Alexy) dos princípios com caráter normativo, aumentando assim, ao invés de diminuir, a discricionariedade judicial.

Como diz Vieira (2013, p. 37): “um dos grandes equívocos do modo de se fazer Direito, ainda hoje predominante, é a confusa estabilidade entre o exercício da jurisdição constitucional e a possibilidade de discrição judicial”, posto que sob o argumento de dar concretude à Constituição invocam-se princípios despidos de normatividade (consequência jurídica) para fundamentar as decisões judiciais.

Conforme Luiz (2013, p. 35), “o exercício da jurisdição ainda se encontra atrelado aos paradigmas filosóficos antes expostos”, [da metafísica clássica e da filosofia da consciência] e exemplo disso é o uso incorreto dos “princípios” e das súmulas vinculantes como material teórico para fundamentar as decisões judiciais, bem como do pragmatismo e do realismo brasileiro tardio.

1.2 Pragmatismo processual e realismo jurídico

O pragmatismo, apresentado como um método processual para se chegar a decisões judiciais de ordem prática, é consequencialista e de caráter antifundacionista, posto que despreocupado com as filosofias que questionam o ‘porque’ além do ‘como’

decidir de tal maneira. Conforme Vicente de Paula Viana (2013, p. 119), o processo pragmático tem diretriz antifudacionista, porque:

> Serve para limpar o discurso jurídico-processual, economizando o tempo e a energia dos juízes, juristas e legisladores, cujas preocupações passam a ser concentradas em temas que realmente interfiram na realidade prática da prestação jurisdicional. Toda metafísica processual deve ser eliminada. As abstrações teóricas que não ajudem a forjar soluções processuais devem ser desprezadas, pois perdem completamente sua significação. É certo que a aplicação dessa primeira diretriz pragmática diminuirá, em muito, o volume dos tratados e manuais de direito processual.

Também se apresenta como antirracionalista, uma vez que a decisão legítima é aquela que seja prática, ou seja, é fundamentalmente empirista. Conforme o autor (2013, p.125): “não pode descartar, de antemão, qualquer solução que se demonstre operacional, apenas porque não há um enquadramento legal ou conceitual. Uma solução processual não precisa ser lógica para ser operacional”.

Vicente de Paula Ataíde Viana (2013, p. 220), defendendo a tese do pragmatismo enquanto consolidação metodológica do processo judicial sustenta ainda que:

> O pragmatismo, enquanto método para a ação, cobra responsabilidade ética dos juízes pelas suas decisões. Nenhum juiz ou tribunal, numa cultura pragmaticamente orientada, poderá se desvencilhar dessa responsabilidade, atribuindo à lei, ou a outra entidade, a culpa pelas desastrosas consequências decorrentes de seus atos.

Ocorre que, em que pese tais diretrizes ajudarem "a identificar soluções pragmáticas em todos os níveis (nas leis, nos artigos doutrinários e na jurisprudência) e fornecerem ferramentas para que novas soluções processuais possam ser construídas" (VIANA, 2013, p. 221), sua senda conduz de outra forma ao subjetivismo do órgão julgador do que ele acha que poderá ser bom enquanto resultado, vindo a reforçar o realismo jurídico importado tardiamente para o Brasil.

Buscando a efetividade, a celeridade e a decisão jurídica de qualidade, tal paradigma dá azo para que através de uma razoável justificação teórica, disposta em enunciados performáticos, *locus* técnico da ciência jurídica cartesiana, ou seja, da manipulação habilidosa de enunciados, do usar e abusar de todos os métodos de interpretação clássica, se chegue ao objetivo concreto, que nem sempre é um objetivo comum[2].

---

[2] Conforme Rafael Tomaz de Oliveira (2017, p. 60-61), apud Fraçois Jullien, "analisando o problema político do multiculturalismo e o papel desempenhado pelos direitos humanos nesse contexto, o referido autor procura esclarecer e diferenciar os conceitos de *universal*, *uniforme* e *comum.* No modo por ele trabalhado, o *universal* diz respeito a um problema lógico-epistêmico; o *uniforme* refere-se ao

O pragmatismo processual de fato trouxe para o sistema várias implicações positivas, expresso nas reformas feitas no CPC/73 e veiculando os mesmos e novos instrumentos no CPC/15, tais como a sentença liminar de improcedência (art. 332, NCPC), os projetos-pilotos e os IRDR (976, NCPC), a criação da penhora on-line na Justiça do Trabalho, a contratualização do processo (Art. 190, NCPC), calendário processual (Art.191, NCPC), audiência para saneamento do processo (Art. 357, §3ºNPC) e a intensificação dos meios alternativos de resoluções de conflitos, através das audiências de conciliação e mediação (Art 334 CPC), entre outros.

O intuito de tais institutos processuais, conforme a filosofia do pragmatismo, é de se chegar a um objetivo concreto, contudo não se sabe ainda se, de fato, cumprirão seu objetivo.

Todos esses mecanismos processuais, para a adequação, efetividade e qualidade do processo operam de acordo com o paradigma constitucional, contudo, o pragmatismo enquanto filosofia para uma teoria da decisão judicial comporta a ressalva acima articulada.

Tal modelo faz ou pode fazer o juiz pensar-se como promotor de política pública, decidindo com argumentos de política e não de princípios, cuja diferença é salutar para uma jurisdição que limite os arbítrios dos órgãos julgadores e coloque a jurisdição no nível constitucional esperado pela comunidade.

Ressalta-se a explicação de Rafael Tomaz de Oliveira (2016, p. 58-59) de forma assertiva a

---

ambiente da produção de artefatos ou coisas; e o *comum* cuida das questões que compartilhamos no âmbito da política".

diferenciação entre argumento de princípio e de política, decisão judicial e legislativa:

> De forma geral, argumentos de política descrevem metas; argumentos de princípios descrevem direitos. Para Dworkin, mesmo as decisões legislativas encontram-se vinculadas à doutrina da responsabilidade e podem, de algum modo, ser descritas com base na distinção entre política e princípios. Ele exemplifica a partir de dois diferentes programas legislativos que se relacionam, de modo distinto para cada um desses tipos de argumentos. No caso, os exemplos seriam o de um programa de subsídios para a indústria, de um lado, e o de um programa de cotas raciais, contra a discriminação, de outro. Segundo Dworkin, no primeiro caso, poderíamos dizer que os direitos são gerados por uma política e qualificados por princípio; no segundo caso, os direitos são gerados por princípios e qualificados por uma política. A diferença da situação da decisão legislativa para a decisão judicial é que a primeira possui um espaço maior para gerar direitos com base em argumentos de política (o programa de subsídios para a indústria, por exemplo, pode estar ligado ao cumprimento de uma meta para desenvolver melhor determinado setor da economia), no caso da decisão judicial a doutrina da responsabilidade exige que o ajuste institucional realizado para afirmar o direito das

> partes possa ser justificado em um argumento de princípios.

Trindade (2016, p. 27) explica que Oliver Holmes, Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos foi um dos principais precursores do realismo jurídico, e da jurisprudência sociológica, fundamentando seu pensamento no pragmatismo filosófico de Charles Pierce, que se opôs ao idealismo jusnaturalista e ao formalismo analítico do final o século XIX.

Nesse paradigma, no qual a lei deve, sobretudo deve ter uma aplicação prática, o *law in books* foi preterido pelo *law in action*, e cunhada a expressão “O Direito é o que o juiz diz que é”, doutrina que serviu como pano de fundo na manifestação em voto do Ministro Gomes de Barros, do STJ em 2002: “decido conforme minha consciência”, demonstrando que a filosofia da consciência, do subjetivismo e do realismo pragmático são correntes e se mostram vivas no arquétipo coletivo dos juízes brasileiros (TRINDADE, 2016).

Trindade (2016, p. 29) adverte que para essa teoria, o processo de decisão jurídica opera de forma que primeiro o juiz decide e depois ele fundamenta, separando o momento da intepretação da aplicação, o que quer dizer que, “em última análise, a realidade jurídica funda-se na conduta efetiva dos magistrados”.

> De modo que se há de superar a indevida cisão entre sujeito/objeto, tributária da metafísica, com os aportes de Heidegger, notadamente a partir de suas elaborações acerca do círculo hermenêutico e da diferença ontológica; há que se revelar que a interpretação é

> a explicitação do compreendido, e que, pois, a compreensão antecede a interpretação e que ela não se dá afastada da tradição e da consciência histórico-efe(i)tual, como dirá Gadamer; há de se conceber no Direito, por fim, algo mais que um modelo de regras, porque nele também se expressa o mundo prático, a partir dos princípios, como dá conta Dworkin, com quem se pode caminhar em direção à resposta correta (NETO, 2011, p. 25).

Tal forma de se chegar à norma jurídica, utilizando a lei de forma habilidosa para mascarar uma motivação de ordem subjetiva, baseando-se portando nos paradigmas filosóficos aqui expostos, pressupõe estar rechaçada com o Novo Código de Processo Civil e seus limites do decidir. Além do que, pela já razão explicitada de que não se pode separar a intepretação da aplicação do Direito, posto que estão ambos atrelados ao compreender.

Nesse ínterim, ainda se faz necessário tecer a crítica a um pós-positivismo equivocado, em que os “princípios” implícitos servem como argumentos de fundamentação para o intérprete no aplicar da norma, para estreitar ou ampliar a moldura da lei, invocando-os a fim de fundamentar suas decisões com uma ampla facilidade, uma vez que pelo seu caráter abstrato correspondem a uma infinitude de situações.

Isso acontece porque desconsidera-se a necessária distinção entre princípios dotados de normatividade, conforme espécie do gênero norma conforme doutrina de Dworkin, dos valores que orientam

o sistema jurídico, mas que não possuem uma sanção para a sua violação. De acordo com Lênio Luiz Streck (2013) não custa lembrar que o pressuposto da normatividade é a consequência jurídica para o violador da norma.

Cabe ainda no momento, uma breve diferença entre discricionariedade administrativa e judicial, porquanto aquela ocorre com a permissão do legislador a fim de que o administrador possa decidir diante de uma situação inesperada com o respaldo de opções dentro da legalidade. Ou seja, há uma controlabilidade prévia da decisão administrativa, que baseia em juízo de conveniência e oportunidade, se é útil para e naquele momento tal implemento de ordem executiva na administrativa. Pese ainda que o conteúdo da decisão, ou seja, o mérito administrativo pode incorrer em controle de legitimidade no momento mais amadurecido em que se encontra o Direito Administrativo-Constitucional (STRECK, 2011).

A discricionariedade judicial, por seu turno, não pode ser controlada de forma antecipada posto que, em seu sentido forte, conforme Hart, em que não há opções diante do problema, a decisão judicial carece de respaldo legal prévio, podendo ser uma decisão inesperada (daí a vedação da decisão surpresa no NCPC), bem como carece de controle externo de conteúdo, passando a ser um espaço aberto para a criação de um *status quo* conforme a vontade do julgador (filosofia da consciência – positivismo normativo – sujeito>objeto) ou da vontade da ‘lei’ despida do necessário confronto com a realidade (metafísica clássica – positivismo exegético – objeto>sujeito).

A tentativa fracassada de superar o modelo exegético-formal oriundo do positivismo e a aposta no protagonismo judicial são duas consequências do modelo brasileiro de discricionariedade judicial, sustentado por Herbert Hart e condenado por Dworkin. Modelo este que, permite preencher espaços vazios, ambiguidades, claúsulas “abertas” e etc., com enunciados perfomativos que se autodeclaram capazes de corrigir as injustiças do próprio sistema jurídico, quando não muito de todo sistema social. Tais “axiomas com força de lei” é que deflagram a ‘jurisprudência dos valores’ (STRECK, 2011, p. 43).

> A imperar subjetividades, o Direito passa a ser aquilo que os juízes disserem que ele é, à confiança extremada na completude da lei, corresponde o olvido à *facticidade,* e os juízes deixam de decidir casos e passam a decidir teses (NETO, 2011, p. 24)

Os múltiplos princípios criados no pós-positivismo como mecanismo teórico a fim de concretizar os direitos fundamentais (método hermenêutico-concretizador), ou suprir o dever de fundamentação das decisões jurídicas, em uma abertura exponencial do Direito nos últimos tempos, demonstram a utilização de um positivismo subjetivista calcado na metafísica moderna (filosofia da consciência). “Pelo princípio da...”, conforme crítica do Prof. Lênio Luiz Streck em seu livro Verdade e Consenso (2011), pode-se decidir de qualquer maneira.

Por outro lado, as súmulas vinculantes enquanto preceitos normativos *a prioristicos* a serem utilizados

como fundamento para decisões, com caráter genérico de lei, despidos do contexto material e temporal que lhe deram origem, servem como mecanismo teórico fundado na metafísica clássica ou objetivista, na qual as respostas já se encontram disponíveis ao intérprete antes mesmos dos casos acontecerem, devendo apenas ser feita a devida subsunção da súmula ao caso concreto (LUIZ, 2013).

Rechaçar tal movimento judicial foi tarefa paradigmática do Novo Código de Processo Civil em seu Art. 489, §1º, V[3].

> Não se faz írrito o aporte de tais lições da filosofia do Direito. Pelo contrário, situada a questão neste plano, é possível depreender como se faz inadequado o pretendido acoplamento de casos particulares a universalizações prévias, como se o ente (caso concreto) pudesse existir sem o ser (sentido) (NETO, 2011, p. 28)

Nesse ínterim de paradigmas filosóficos subjacentes e sobrepostos - positivismo exegético, normativo, renovado, pós-positivismo, surgiu a necessidade da positivação no Novo Código de Processo Civil, através da Emenda ao Projeto 166/2010 do dever de as decisões judiciais em seu conjunto, ou seja, a

[3] CPC, Art. 489, §1º, V – Não se consideram fundamentadas qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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.

jurisprudência, dispor de “coerência e integridade”, além da estabilidade[4].

1.3 Coerência e integridade: postulados da decisão jurídica no Novo Código de Processo Civil

A positivação da coerência e da integridade como requisito da decisão judicial rechaça o voluntarismo dos paradigmas filosóficos anteriores que fundamentavam o modo de decidir ou o modo de ser juiz, posto que oferece maiores critérios objetivos para a decisão.

Para Trindade (2016, in Org., p. 17)

> Ao suprimir o livre convencimento, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida (Art. 489, §1º) e, sobretudo, ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, **coerente, íntegra** (art. 926), o legislador promoveu uma revolução paradigmática no modo de produção das decisões jurídicas.

A teoria da coerência e da integridade no Direito como fundamento advém da obra do norte-americano Ronald Dworkin, considerado um dos pais do pós-positivismo e associado ao neoconstitucionalismo, apesar da ressalva de Trindade (2016, p. 20) de que o norte-

[4] CPC, Art. 926 – Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

americano nunca usou a última nomenclatura e tampouco participou dos debates na América Latina e Europa sobre o movimento.

Conforme estudo de Trindade (2016, p. 21), pode-se dizer que a obra de Dworkin em contra-posição ao positivismo, capitaneado em sua variação *soft,* por Hart, em meados da década de 70, trouxe como postulados a autonomia do Direito, reconhecendo-o entretanto como segmento da moral, desconfigurando assim a tese positivista da separação entre direito e moral.

Também distinguiu princípio de política, sendo o primeiro entendido como padrão a ser observado por ser uma exigência de justiça ou equidade, dimensão da moralidade e o segundo termo atrelado ao padrão que se estabelece a um objetivo metaindividual, em termos de economia, política ou desenvolvimento social da comunidade.

> Neste contexto, em que os princípios descrevem *direitos* que visam a estabelecer um estado político de coisas *individualizado* e as políticas descrevem *metas* que visam a estabelecer um estado políticas de coisas *não individualizado,* Dworkin afirma que as decisões judiciais, especialmente no que se refere aos casos difíceis – aqueles cujas respostas não se encontram previstas nas regras – devem ser tomadas a partir de *argumentos de princípio,* e não de *argumentos de política.* Isso porque, ao contrário do que se verifica nas tradições positivista e realista, Dworkin rejeita a tese da discricionariedade

> judicial – segundo a qual, nos casos difíceis, o juiz pode escolher a decisão a ser tomada – defendendo a famosa tese da existência de respostas corretas no direito (*one right answer*) (TRINDADE, org. 2016, p. 22).

Nesse paradigma "pós-positivista", para se ter a resposta correta no caso concreto, o órgão decisional deveria fazer uma interpretação que considerasse o Direito com seu passado institucional, dinâmico no decorrer da história, considerando de forma coerente o caso concreto às últimas decisões sobre a matéria, como se construísse um próximo capítulo de uma novela, em sua metáfora, refletindo sobre os princípios da moralidade política que confere sentido ao próprio Direito (TRINDADE, 2016, p. 23).

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, as decisões arbitrárias seriam completamente incoerentes, revelando uma anomia entre o sistema jurídico, enunciador da decisão teratológica e os outros sistemas sociais, como o sistema político, na linguagem sistêmica do sociólogo Niklas Luhmann.

Não apenas de forma coerente a decisão deve ser construída nesse paradigma jus-filosófico, mas também de forma íntegra, ou seja, o sistema jurídico para se auto preservar possibilita a mutação do entendimento até então assumido como resposta aos casos semelhantes, "sendo-lhe facultado, inclusive, alterar o rumo da história de acordo com as possibilidade verificadas no presente" (TRINDADE, 2016, p. 25).

A integridade se afigura como resposta ao dever do Direito corresponder aos anseios da comunidade em sentido amplo, seus enunciados não podem se desvincular da realidade fática, perdendo os espectadores da novela, jurisdicionados, o interesse ou mesmo a aceitação da narrativa até então construída de forma coerente. Nesse ponto, surge a possibilidade da revisão do entendimento, através do *overruling*, disposta no Novo Código de Processo Civil no Art. 927, §2, §3, §4[5], a ser realizada de forma democrática.

> Haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo

[5] CPC, Art, 927, §2: A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º -Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º - A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos abservará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

> interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica (STRECK, org., 2016, p. 157)

Tal “circularidade hermenêutica”, como já salientado no capítulo anterior, se apresenta como um paradigma jurídico-filosófico de interpretação e aplicação do Direito em que não busca a resposta no dado-objetivo, tampouco no ato de vontade do intérprete e aplicador da norma, mas sim na intersubjetividade dos elementos que compõem a situação e o confronto entre o texto e o contexto para a “produção” ou interpretação/aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

CAPÍTULO 2

DO USO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO

Conforme Luiz (2013, p. 80) a Hermenêutica tanto pode ser entendida como o estudo do(s) método(s) para se chegar a uma interpretação válida ou como uma exploração filosófica do caráter de toda compreensão. Contudo, para Neto (2011) a hermenêutica não deve ser tomada como método, posto que a interpretação se funda no compreender, sendo o desenvolvimento da própria compreensão, a apreensão das possibilidades e sua elaboração.

Para Jacomini (2012) o con-viver dentro de um contexto histórico social exige do homem sua percepção da realidade, que se faz através da interpretação, ou seja, da atribuição de sentido às coisas. Não só para si o homem interpreta. A captação e atribuição de sentido também é necessária como projeção de sentido para os outros homens.

Dessa forma, a hermenêutica é um sistema destinado a orientar os indivíduos em sua tarefa de interpretar a si, ao outro e ao mundo, a fim de que o intérprete não se guie de forma precipitada pelo sentido dado/captado, mas que compreenda que pela própria infinitude de sentidos, bem como a liberdade em sua fixação, é necessário um fundamento ético para a interpretação e aplicação de sentido, produção de significado. Esse fundamento ético seria o próprio renovo

que se dá através da linguagem, esta coadjuvante na renovação do mundo (JACOMINI, 2012).

Assim, diante da exigência de sentido para compartilhar o mundo, a hermenêutica há de se apresentar como o meio hábil para orientar a interpretação:

> A hermenêutica é uma técnica de compreensão, não da compreensão da linguagem apenas, mas de apreensão de sentido através da linguagem. O sentido é o que importa primordialmente. A linguagem serve ao sentido e não ele a ela (JACOMINI, 2012, p. 170).

A hermenêutica dentro do entendimento de uma filosofia que entende a separação e unidade de ser e ente, a analítica do ser-aí, veiculada a partir de Heidegger e desenvolvida em cunho ontológico do saber, é uma hermenêutica da facticidade, que vem transformar não só o modo de ser homem ou se entender como homem no mundo, mas também como o Direito pode ser sentido.

Conforme Neto, (2011, p. 38):

> Heidegger elabora a pergunta pelo sentido do ser através de uma nova ontologia da compreensão. Fenomenologia, vida, história, tempo e ser são englobadas a partir de uma *hermenêutica da facticidade,* que se tornará a analítica existencial do *Dasein.*

O termo *Dasein* foi escolhido por Heidegger para nomear a correspondência entre o estar aberto para o desvelar do ser, seu recolher, permanecer e expressar, em suma: a existência do homem. Como explica Jacomini (2012, p. 171), *ser-aí* serve para demonstrar o "estado de aberto que coloca o homem e ser na correspondência de uma unidade, assim como para circunscrever o lugar do aparecimento e da manifestação das coisas".

A compreensão dos entes, abrigados no ser, se dá através da consciência da circularidade da revelação e ocultamento. Para tanto, é necessário um horizonte de sentido em que o intérprete pode projetar e recordar o significado das coisas e de si mesmo. Esse horizonte de sentido ou compreensão histórica é "o aparelhamento formal daquilo que pertence necessariamente àquilo que é articulado pelo pensamento que compreende" (LUIZ, 2013, p. 137).

> Ao afirmar que o Dasein é dinâmico, historicamente condicionado, Heidegger rompeu com o pensamento metafísico até então dominante. Demonstrou, portanto, que o ser não é possuidor de uma essência etérea, como suposto pelos filósofos antigos, tampouco é determinado subjetivamente, como queriam os modernos. Ao contrário, mostrou que o ser não possui uma última substância e que também não é construído estritamente de acordo com a consciência de um determinado sujeito (idem, p. 83).

A compreensão passa então, com a hermenêutica filosófica, a ser um modo de ser do homem e não mais um método-lógico. Está ligada à condição histórica de ser-no-mundo. **O que é universal é a base de compreensão, o substrato fático, a história em si.** A interpretação é singular.

O homem enquanto ser/ente é tanto quanto os objetos da realidade: coexistem, frustrando a perspectiva dicotômica que antes separava sujeito e objeto. O sujeito não se separa do mundo objetivo, a realidade é compartilhada (LUIZ, 2013, p. 85).

Contudo, Streck (2011, p. 39) adverte que a *morte do método* "não autoriza o interprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade/ou decisionismo típico do modelo positivista".

Luiz (2013, p. 116) assevera que a maior parte da doutrina jurídica no Brasil ainda está presa ao(s) método(s)[6] e faz a crítica pertinente:

> Os métodos são construções da razão pura, enunciados criados pela consciência-de-si-do-pensamento-pensante. Por isso, representam o momento supremo da subjetividade. Em outras palavras, com o método chega-se aonde se quer chegar. Mesmo porque, se isto não ocorrer, é só trocar o método. Portanto, com o método o intérprete pode tudo.

O intérprete não busca os significados apenas nas palavras do texto, como queria o método gramatical da hermenêutica clássica, por exemplo. A nova hermenêutica critica os métodos de interpretação do direito, posto que, uma vez apresentados em um *menu* a livre escolha do interprete, sem uma ordem hierárquica ou outro critério de escolha, este mais serve como recurso de argumentação para uma decisão arbitrária do que propriamente para a elucidação da questão e o encontro da resposta ou das respostas corretas para o caso concreto.

Gomes e Mazzuoli (2016, p. 66) ressaltam a evolução da cultura da lei para a cultura do direito aduzindo entre outras mutações importantes que compõe o novo panorama jurídico a passagem dos clássicos métodos interpretativos à justificação racional da decisão:

> O juiz, no sistema positivista legalista clássico, para descobrir a vontade do legislador, devia (conforme ensinava Savigny) seguir os métodos (a) gramatical, (b) lógico, (c) histórico e (d) sistemático. A tais métodos clássicos foi agregado outro: o teleológico (que significou uma sensível mudança de paradigma, porque já agora se fala em finalidade da lei, não do legislador). O juiz (Hermes) deve, na atualidade, ter a preocupação central de descobrir o direito vigente (comparando a lei com as normas superiores, constitucionais e internacionais) e justificar racionalmente (argumentativamente) a solução do caso *sub judice.*

Conforme Neto (2011, p. 39):

> Quer dizer, não se há de pretender um analisar as coisas em si, **mas sim o sentido das coisas em referência a algo**. Desse modo, o ser da coisa se revela não em decorrência de um olhar desinteressado e meramente contemplativo da coisa em si, mas a partir do momento em que a coisa ingressa no contexto funcional com o mundo.

Neto (2011, p. 42) aduz que a interpretação não é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposição. A opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete é o adentrar no círculo hermenêutico, uma vez que a interpretação se movimenta do já compreendido para os próximos resultados possibilitados pelos sentidos apresentados pelo presente. O passado e o presente se encontram para projetar o futuro, através da compreensão circular do hermeneuta.

> Quando nos movemos no mundodo sentido, compreendendo e interpretando, não o fazemos a partir de nossa consciência apartada no entorno. Movemo-nos, desde sempre, naquilo que Streck, a partir de Schnadelbach, chama de *a priori compartilhado*. Os sentidos, portanto, não dependem da consciência de quem compreende ou interpreta (no caso do direito, o julgador), mas, sim, de sua inserção em um mundo repleto de significados

> compartilhados intersubjetivamente (OLIVEIRA, 2016, p. 50).

Como Heidegger demostrou, as palavras ou a linguagem servem para exprimir a realidade desvelada e não para impor e sacramentá-la em uma tese estanque. Não se deve buscar o significado do mundo nas palavras, mas sim dar significados através delas (NETO, 2011, p. 43).

> Interpretar é compreender + reformular ou reexprimir sob nova forma. [...] Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição) (GRAU, 2016, p. 37, 39).

É *mister* que o intérprete do Direito não fique paralisado diante do texto, tampouco aplique sua compreensão prévia de forma imediata, tal qual impõe o paradigma metafísico, mas que se lance ao próximo passo relacionando-o com o contexto em que se encontra no momento.

> Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, **mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da "aplicação".** E nisso reside a "maldição" de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma

> interpretação "pura da lei"!". Neste ponto, impõe -se uma reflexão o que se quer mencionar quando se afirma que o juiz não pode mais, no contexto do direito "atual", apegar-se à "literalidade da lei"? Afinal, o que é "literalidade da lei"? Ora, desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do Círculo de Viena (que está na origem de teóricos do direito como Hans Kelsen) já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras. Isso nos leva a outra questão: a literalidade é algo que está à disposição do intérprete? Se as palavras são polissêmicas; se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? **A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo** do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos (STRECK, 2011).

Utilizando a analítica do ser-aí para desenvolver o tema da compreensão humana o filósofo Gadamer aborda a hermenêutica como uma dimensão filosófica cuja principal questão é o processo do compreender, do sentido atrelado à historicidade do mundo vivido e, para tanto, utiliza o método dialético de Hegel.

Para Oliveira (2016, org., p. 49): "Gadamer não se interessa por aquilo que devemos ou queremos fazer

nesse momento compreensivo, mas por aquilo que, para além do nosso querer e dever acontece quando compreendemos".

> Pode-se dizer que a elaboração de um projeto prévio a partir da compreensão colocada em um texto, revisado pelo intérprete, isto é, conceitos prévios substituídos por outros mais adequados, faz da interpretação um constante reprojetar, que evita os erros das opiniões prévias não confirmadas (NETO, 2011, p. 43).

Explica Luiz (2013, p. 86) que "para Heidegger a questão fundamental da filosofia é a questão do ser, já em Gadamer, trata-se da questão do sentido, ligado à compreensão da historicidade do mundo vivido". A hermenêutica já não é uma questão de método, mas sim o modo de estudar o fenômeno universal da compreensão humana. E conforme Oliveira (2016, org. p.49) sua obra se destina a compreensão em geral e não a um ramo específico da ciência.

Conforme Luiz (2013, p. 89), para Han-George Gadamer é a tradição que oferece a estrutura prévia da compreensão a ser utilizada nas práticas particularizadas de construção de significado.

> É muito claro que não se está a tratar, então, de hermenêutica num suposto sentido teórico-instrumental, que pretenda estabelecer regras para a compreensão. Ao revés, Gadamer pretende mostrar que a constituição de sentido não é obra de uma

> subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável, (...), a partir de nossa pertença à tradição (NETO, 2011, p. 49).

Para o filósofo Gadamer, a tradição é o reconhecimento de que qualquer pessoa só se reconhece como indivíduo em face do outro e a base de toda e qualquer interpretação é sujeição a um mundo compartilhado. Nas palavras de Oliveira (2016, p. 50), “a hermenêutica contemporânea, principalmente aquela que nos vem de Gadamer, é antitética à subjetividade assujeitadora do mundo e abre a filosofia para os caminhos da intersubjetividade”.

Conforme Luiz (2013, p. 91):

> a tradição é indiscutivelmente uma categoria coletiva e, como tal, fornece uma ferramenta indispensável para o desenvolvimento de qualquer análise dos horizontes temporais e históricos de determinada sociedade. [...] A historicidade da existência aponta que os pré-conceitos constituem a direção inicial de toda experiência e são, portanto, condições de possibilidade, ou seja, integrantes do horizonte a partir do qual se pode conhecer, trabalhando no momento anterior (“como” hermenêutico) ao lógico (“como” apofântico).

O horizonte de sentido que possibilita o compreender é a história da existência. A pré-

compreensão ou o pré-conceito de um indivíduo seria o seu aparato histórico, sua bagagem individual, o meio pelo qual ele chega às novas descobertas, em seu *vir-a-ser* constante. Porém, esse horizonte de sentido prévio não limita nem vincula o intérprete a determinado resultado em sua linha de direção, pois, ao deparar-se com seus preconceitos sobre o objeto, o indivíduo será conduzido a novos horizontes pela circularidade da compreensão.

> A compreensão é, então, experiência. [...] O saber jurídico há de ser concebido como processo de diálogo, de troca entre o ser o mundo. A compreensão apenas alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias com as quais ela se inicia não são arbitrárias. Por isso, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que em si subjazem, porém examine tais opiniões no que respeita à sua legitimação, isto é, quanto a sua origem e validade (GRAU, 2016, 71).

Quando sua bagagem histórica se funde a um novo contexto, a um desvelar do ser na realidade fática, seja o ente outro ser ou situação, essa bagagem irá se ampliar e atualizar o indivíduo, que, renascido em seu ser pelo contato com um novo objeto, poderá produzir resultados de interpretação diferentes dos esperados pela sua própria realidade.

Conforme Grau (2016, p. 71):

> A compreensão pressupõe uma antecipação do sentido, a integração da

> parte que deve ser compreendida em um todo preconcebido. A compreensão, portanto, é um processo de aproximação em desenvolvimento, um processo que aproxima o sujeito que compreende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo, assim, uma transformação recíproca. Esse processo desenvolve-se no tempo. Coloca em jogo, consequentemente, o indivíduo com sua história vital e o contexto das tradições sociais (compreensão prévia). Não sendo contemplação (de um sujeito frente a um objeto), mas aproximação em desenvolvimento produz-se de forma circular ou, como se há de dizer mais corretamente – propõe Hassemer – em forma de espiral: o sujeito e o objeto aproximam-se, um ao outro, no processo da compreensão.

Assim, ao invés de reforçar os subjetivismos o círculo da compreensão os rechaça. Isso porque se entende que o órgão julgador ao deparar-se com um caso concreto está ali como modo de existir juiz, ou seja, seu compreender, interpretar e aplicar o Direito ao caso concreto deve estar alinhado à própria regra e perspectiva adotada pelo Direito vigente (coerência), ou seja, pelo o que a sociedade através de seu sistema jurídico espera dele enquanto juiz, submetido à integridade do Direito com o qual coexiste e dentro do qual atua.

Como explica Luiz (2013, p. 115):

> Como existencial, a Constituição impede a manutenção de subsunções em Direito. Isso Porque ela não possui uma essência, uma substância em si, que fica a espera da apreensão do intérprete, mas, ao contrário, **seu sentido é formado na applicatio.[...]** Da mesma forma, não se pode mais falar em subjetivismos. Isso porque, assim como a Constituição não tem uma essência, também não está ela à disposição do intérprete. A virtualidade do círculo hermenêutico, com a autoridade da tradição, impede que o intérprete dê a ela o sentido que quiser, pois as antecipações de sentido não são uma representação da razão pura do intérprete. Desta forma, não há como falar em grau zero de sentido, eis que todo o intérprete está historicamente situado.

Tal entendimento vai de encontro à importância da jurisprudência, do sistema de precedentes e de seus mecanismos (necessários) de superação e cancelamento. A jurisprudência dominante, que possibilita sua concretização e agora positivação através de súmulas (vinculantes) (Artigo 924, NCPC), não é nada mais do que entendimento compartilhado dos tribunais de um determinado país ou a tradição sobre determinada questão jurídica em um determinado tempo. Todavia, nada impede que a interpretação dominante sobre a questão venha a ser atualizada ou mesmo superada, no ir e vir do círculo hermenêutico.

> A tradição fornece, nas práticas particularizadas de construção de significado, a estrutura prévia da compreensão. Esta pré-estrutura no processo de formação do sentido é um primeiro passo inevitável à compressão. Contudo, ela não amarra o sujeito, pois o resultado da interpretação, porque realizado pelo círculo hermenêutico, pode levar a alteração, revisão ou transformação da pré-compreensão que se possuía no primeiro momento interpretativo (LUIZ, 2013, p.90).

Trabalhar dentro do círculo hermenêutico, que conduz o que *é* a um *novo estado de ser*, só é possível aos intérpretes que não interrompem o fluxo de compreensão e inadmitem o próximo passo, preferindo manter-se na raiz-razão da tradição. Cabe ao intérprete percorrer o caule-cerne do problema concreto-fluido para chegar à copa com uma visão ampla, dinâmica, profunda e sistêmica do compreendido. A compreensão é a seiva viva que pulsa nas veias do interprete-árvore.

Luiz apud Gadamer (2013, p. 93) salienta que é necessário “suspender a própria pretensão”, para se chegar à verdade – o desvelar da resposta do sistema jurídico. E a tal “verdade” só pode ser dentro do olhar complexo que analisa a história em seu passado, em seu presente, vislumbrando um futuro mais digno a todos os sujeitos da História, na igualdade substancial imposta e buscada pela Constituição e pelos ordenamentos internacionais de Direitos Humanos.

Dentro dessa ótica, compreensão e aplicação se fundem, posto que:

> Estabelecer, pois uma distinção entre a função cognitiva, qual a interpretação, e uma função normativa, de aplicação, resulta numa falsa contraposição, visto que, se assim o fosse, a compreensão seria o estabelecimento de um saber dominador (NETO, 2011, p. 51).

Se a aplicação não estivesse atrelada à compreensão, de forma necessária, seria possível uma compreensão acertada e uma aplicação equivocada, o que não pode ser visto que toda decisão judicial, interpretação/aplicação do direito, no Estado democrático de Direito demanda a demonstração de suas razões para ser legitima. Assim, uma aplicação equivocada só seria possível junto a uma interpretação que a fundamente, sendo portando cingida a ela.

Diante de um texto (jurídico) é a pergunta que orienta o sentido das respostas, posto que elas que apresentam o caminho para a compreensão. Afasta-se, portanto da busca por essência ou respostas gerais. A compreensão se dá nas perguntas e nas respostas, ou seja, na linguagem (LUIZ, 2012).

> Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos

> normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado (GRAU, 2016, p. 33).

Assim, conforme Neto (2011, p. 53) “o interpretar, como explicitação do compreendido, no Direito dar-se-á sempre à vista da concretude do problema a ser solucionado juridicamente. É, pois, um problema que alude à aplicação”.

Recente pesquisa[7] publicada na revista “Scientific Reports”, do grupo Nature, produzida pela Universidade de São Paulo, investigou a forma como os médicos chegam a um diagnóstico. Utilizando o método da ressonância magnética funcional, que é capaz de verificar quais as partes do cérebro que estão mais ativas em determinado momento, a pesquisa concluiu que pequena fração do cérebro está em atividade no período de decisão dos médicos.

Contudo, tal padrão muda completamente com o início da vocalização, atividade que engloba áreas envolvidas na consciência e na audição. Ou seja, ao expor as ideias, de forma verbal ou escrita, o sujeito toma consciência das próprias respostas. Como dito

---

[7] ALVES, Gabriel. **Cientistas tentam descobrir como os médicos pensam.** Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2017/05/1884942-cientistas-tentam-descobrir-como-os-medicos-pensam.shtml. Acessado em 20/05/2017, às 15:28.

anteriormente: “a compreensão se dá nas perguntas e nas respostas, ou seja, na linguagem” (LUIZ, 2012).

No problema jurídico de aplicar o Direito, não se cuida apenas dos preceitos prescritivos (mundo do dever-ser), mas também dos preceitos descritivos (mundo do ser) que conformam a realidade do caso concreto.

E, como visto no capítulo anterior, não cabe ao interprete conformar essa realidade (universal) de acordo com seu subjetivismo, tampouco se conformar à uma realidade dada de antemão em atitude positivista eivada de conteúdo teleológico, podendo levar a aplicação de uma lei inserida no sistema jurídico de forma parcial e não republicana, por isso a necessidade do confronto entre o texto e o contexto e a possibilidade do diálogo das fontes para a produção de uma norma de decisão ou norma jurídica que melhor atenda aos ideias democráticos de um Estado de Direito que se legitima ao oferecer proteção aos direitos fundamentais e humanos.

Toma-se como exemplo o problema da fundamentação pelas súmulas vinculantes e a necessária adequação das mesmas às peculiaridades do caso concreto (LUIZ, 2013, p. 77). Uma vez que as Súmulas perdem o lastro temporal e fático que lhe deram origem (Art. 926, § 2ª, CPC/15)[8], tornando-se texto abstrato no formato de lei, a ser observado pelos juízes e Tribunais (Art. 927, II, CPC/15)[9], deve o intérprete aplicador desta norma confrontá-la ao caso concreto, sob o risco de não

[8] Art. 926, § 2ª, CPC/15: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”

[9] Art. 927, II, CPC/15: “Os juízes e tribunais observarão: os enunciados de súmulas vinculantes.

ser considerada fundamentada sua decisão (Art. 927, § 1º)[10].

Não há, pois uma separação entre a interpretação e aplicação do texto e norma jurídica. Essa separação, todavia, foi tentada e conduziu a criação do Tribunal de Cassação, em que a interpretação era dividida em interpretação *in abstrato* (da lei, texto normativo, premissa maior do silogismo) e a interpretação *in concreto* (do fato concreto, premissa menor do silogismo), o que levaria a aplicação da interpretação através da subsunção. Não há que se separar a interpretação da lei (do texto normativo) da realidade que a circunda (GRAU, 2016).

Conforme Eros Grau (2016, p. 55):

> Sabemos, todavia, hoje que a chamada interpretação *in abstracto* envolve necessariamente a consideração dos fatos, de modo que, como salientei linhas acima, não é possível apartarmos interpretação e aplicação, ou seja, interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*. Insisto em que a separação, em suas etapas, de interpretação e aplicação decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção.

[10] Art. 927, § 1º: "Os juízes e tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1, quando decidirem com fundamento neste artigo. Art. 489, §1º: "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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".

O Direito, assim compreendido, é relativo à tradição (coerência), ao caso concreto e a si mesmo em sua integridade. Não há que se firmar como fim em si mesmo, uma entidade isolada, que busca o firme e o absoluto, tampouco pode se apresentar com uma elasticidade tal que impossibilita seu próprio reconhecer.

Conforme Gomes e Mazzuolli (2016, p. 63) o silogismo dedutivo clássico foi superado pelo macrosilogismo, no qual o juiz define: a) as questões controvertidas, b) a fixação da premissa menores (dos fatos alegados e provados), c) o estabelecimento da premissa maior (qual é o direito aplicável ao caso concreto) e d) as imposições das consequências equitativas que melhor resolvem o caso.

Ressalta-se ainda quanto à característica da temporalidade inerente à atividade da interpretação, que o Direito (ao qual se pretende interpretar/aplicar ao caso concreto) é o instrumento possível, necessário e presente naquele determinado momento histórico, e só por essa razão se faz legítimo.

> O fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade (GRAU, 2016, p. 18).

A interpretação e aplicação, por isso mesmo necessitam de um parâmetro seguro, um Direito firmado em uma base relativamente sólida, a fim de que seja operacional de forma jurídica, não política, e não sucumba ao “estado da arte hermenêutico” apregoado por Streck (2011), dentro do qual, cada “cabeça é uma sentença”, ou seja, cada julgador amplia ou reduz a moldura do Direito de acordo com o seu ‘livre convencimento’.

Lembrando Lucca (2016, p. 134-135), conforme o “positivismo moderado ou renovado”, “o Direito prevalece como um dado objetivo que serve de limite ao exercício do poder jurisdicional pelo magistrado, a quem compete *descobrir* a norma aplicável ao caso concreto”.

Porém, ainda que se pese os limites de interpretação dentro de todo o ordenamento jurídico, aceitando inclusive o que seu nível supranacional incorporado e positivado de forma democrática, a interpretação/aplicação do **“dado objetivo”,** deve ser feita considerando a “dobra de linguagem” inerente à literalidade/ambiguidade do texto normativo. E é aí que o posivitismo não se mostra de fato renovado, conforme Streck (2011), pois carece de demonstrar novo método de compreensão, ficando no mais do mesmo, apenas insistindo na base dogmática necessária que o sustenta.

> Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema

> hermenêutico que devemos enfrentar! (STRECK, XXXX, p.35)

Desta forma, o parâmetro constitucional, com seu sistema rígido de alteração, posto está a fim de que as forças da realidade social, tais como crises econômicas e políticas, não alterem o ponto de partida do interprete a todo o momento, mas justamente oriente o(s) interprete(s) em momentos de crise.

Sabe que “a própria configuração do sistema social justifica-se, unicamente, quando se considera o elemento linguístico” (MARQUES, in. XXX, 2016, p. 179), e que tal sistema, enquanto sociedade compõe-se de diversos discursos oriundos de sistemas autônomos e interdependentes, cada qual com sua linguagem própria, a exemplo da arte, da educação, da ciência, da religião, do Direito e da economia.

Marques (2016, in, p. 180) ressalta que os enunciados deflagram os discursos que evocam sistemas, que compõem a sociedade e transmitem a sua cultura. Os enunciados, conforme explica, com fundamento em Mikhail Bakhtim, são os instrumentos da língua para explanar as condições específicas e as finalidades de cada dimensão social. Estão alicerçados em três elementos: conteúdo temático, estilo e construção composicional que se fundem para se fazer entender de forma efetiva.

Aduz ainda Mikhail Baktim apud Marques (2016, p. 180), com importância para o escopo do presente trabalho, que cada esfera da atividade humana mantém gêneros de discurso com variados graus de complexidade, do básico ao sofisticado, do ditado ao

discurso científico, podendo–se dizer que o Direito nessa toada se apresenta como um interlocutor social complexo, posto que seu discurso é elaborado em um código próprio e sofisticado.

Indo além, Marques apud Ross (2016, in p. 181), explica que os enunciados jurídicos formam um discurso do tipo diretivo, posto que não só informa, tal quais os discursos do tipo informativo, revelando significado semântico com determinado fim, mas propõe uma forma de conduta, sendo a “norma” portanto, um fenômeno linguístico, que deve corresponder a um discurso diretivo que guarde correspondência com fatos sociais”.

Dentro desse contexto da hermenêutica filosófica ou ainda da filosofia da linguagem, importa ressaltar,

> a verdade como meio de comunicação simbolicamente generalizado, ou seja, elemento que assegura maiores probabilidades de êxito na comunicação. [De forma que, como meio de comunicação], a verdade promove níveis maiores de integração do sistema científico ao tornar-se, na forma de teorias, as bases para ulteriores comunicações válidas (NEVES, 2013, p. 280).

Essa concepção sistêmica parte do pressuposto que:

> Qualquer acesso ao mundo real é um acesso condicionado pelo sistema de onde se parte – a sociedade por meio de sua comunicação, científica ou não. O ambiente real para o sistema será

> sempre comunicação e, como comunicação, será invariavelmente comunicação sistêmica, social, já que não existe comunicação fora dos sistemas sociais. [...] Assume-se o contato a partir da verdade que é reproduzida e nega-o a partir das verdades refutadas. Esta é a dimensão da verdade como código binário, como meio de comunicação (NEVES, 2013, p. 294).

Se tratarmos a verdade como um fundamento de validade, dentro do círculo hermenêutico que interpreta de acordo com o contexto atual a partir da tradição, de forma coerente e íntegra (Dworkin), teríamos que, “onde se lê “verdade”, [leríamos] Constituição em seu todo principiológico” (STRECK, 2016, p. 171), com a justa ressalva – insistente – que é o código ‘coerência e integridade’ que torna a Constituição o referencial democrático e “justo” e não um dogma capaz de ser usado para quaisquer fins, como ocorreu no passado no Estado Nazista.

CAPÍTULO 3

RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

O processo judicial é um espaço-tempo formal e material de revelação da realidade. Um abrigo da linguagem que apresenta o conflito entre as partes em um modo de discurso jurídico: lícito e ilícito, direito material e procedimental.

Expondo a facticidade através da causa de pedir remota, o processo judicial revela o Direito da época através da causa de pedir próxima. As decisões judiciais em seu bojo respiram o regime político firmado entre as partes de forma prévia, devendo corresponder a uma necessária vinculação ao estado de coisas assumido por aquela sociedade em seus tratados políticos, leia-se Constituição (Art.).

O processo revela uma tradição democrática quando possibilita o contraditório útil e efetivo e este culmina em uma norma jurídica (decisão judicial) bem fundamentada sobre todos os aspectos do litígio capazes de conferir a procedência ou improcedência sobre a referida pretensão (Art. AA, Sumula). A sucumbência que clama por recurso (ARt.) ao final do deslinde, com o transito em julgado, se torna coisa julgada formal e/ou material (ARt.), carreada por uma estabilidade (Art) que dificilmente se quebra (Art. XX)

Desta forma, o processo é lugar de imposição através da transição. Sua dinâmica torna a transgressão

(violação da norma), que provoca o Judiciário (direito de ação: condições da ação subsistentes: necessidade e interesse de agir, Art.) pacífica, pois após a averiguação de suas razões (utilizando de forma efetiva a teoria da asserção (Art. XXX)) e sua resolução, de mérito ou não, produz os efeitos correspondentes a natureza da decisão do caso concreto: declaratório, condenatório, permitindo assim partir para o movimento de sua execução.

O dispositivo (da sentença) satisfeito satisfaz a parte e traz paz à sociedade (art.) Os capítulos da decisão transitados em julgados apresentam através da jurisdição, o poder-dever do Estado de alterar um estado de movimento e indecisão, ou seja, de uma dinâmica social em conflito, para o estado de permanência através de um *status quo* definido pelo Estado (eficácia da coisa julgada).

Todo o processo judicial é um processo de revelação e ocultamento que pode ser bem aproveitado dentro do círculo hermenêutico.

Na tarefa de interpretar/aplicar o Direito, diante da multiplicidade de sentidos que o objeto (da causa) pode demonstrar, na revelação do seu *ser*, cabe ao sistema jurídico, legitimado por sua sociedade, estabelecer um fundamento ético para direcionar a atividade jurisdicional atualizadora da própria realidade social.

Tal fundamento ético, fundado na linguagem, é hoje no Brasil revelado e aceito de forma pacífica como sendo a Constituição Federal e as normas internacionais de Direitos Humanos (CF, Art. 4, §)

Assim, toda e qualquer leitura da realidade fática pelas lentes do ordenamento jurídico deve ser feita à luz da Constituição Federal e do ordenamento internacional de proteção aos Direitos Humanos (Art. 5º, §2º e §3º,

CF/88), como quis o modo de ser democrático revelado através do Poder Constituinte Originário de 1988.

O processo judicial é relativo ao seu contexto histórico e emerge da realidade fático-jurídica. A dinâmica das partes, bem como do procedimento e da intepretação/aplicação do Direito pelo estado-juiz é relativa ao seu momento. Como visto, o vetor axiológico normativo do processo civil é o vetor constitucional, ou seja, a leitura do Direito Processual Civil hoje se faz pelo Direito Constitucional.

O Art. 1º CPC aduz: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Dessa forma, vê-se que a relação entre o Processo e a Constituição é circular e complementar em sua existência, pois o ponto de partida para o processo *ser* é a Constituição Federal e esta só *é,* de forma efetiva, através do processo.

Haja vista que o acesso à justiça é garantia fundamental do indivíduo, consistindo em um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal assegura em seu art. 5º, XXXV e XXXIV, ‘a’, respectivamente, tanto a inafastabilidade do controle jurisdicional quanto “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Daí dizer “que as ferramentas processuais à disposição de cada cidadão estão entre os mais poderosos mecanismos de proteção e realização do ordenamento jurídico existente” (LUCCA, 2016, p. 71).

O bloco de constitucionalidade, também serve como parâmetro para a construção das decisões judiciais, além de, antes disso, ser vetor legislativo.

Conforme Grau (2016, p. 88) a Constituição de um país é “a manifestação de uma estrutura político-social concreta”. É o *ser* político e normativo do Estado. Dela depende seu povo e vice-versa, submetendo os Poderes constituídos no caminho precípuo de promover a dignidade de toda pessoa humana em seus direitos fundamentais e humanos assumidos pelo respectivo Estado.

As normas jurídicas advindas dos processos judiciais serão consideradas legítimas na medida em que guardarem a estrita correspondência com seu marco constitucional e este, deverá se fazer correlato à “soma dos fatores reais de poder”, devendo a Constituição formal (o dever-ser) atualizar-se junto a Constituição material (o como é). Conforme orienta Eros Grau (2016, p. 89) inspirando-se em Fernidand Lassale: “a Constituição escrita será boa e duradoura enquanto corresponder à Constituição material e encontrar suas raízes nos fatores reais de poder hegemônicos no País”.

Cabe, pois ao intérprete observar e apreender o sentido do texto normativo dentro de seu contexto social emergente e assim garantir a força normativa da Constituição, conforme apregoou Konrad Hesse. Nesse ínterim, de hermenêutica constitucional surge Peter Haberle com o enunciado da “sociedade aberta dos interpretes da Constituição”.

O processo civil como *locus* de linguagem dentro de um contexto democrático deve oferecer assim espaço para que as vozes que serão afetadas por sua decisão

possam ser ouvidas, influenciando de forma participativa. O processo civil dessa forma torna-se um palco de democracia.

CAPÍTULO 4

MODO DE SER JUIZ: DECIDINDO DE FORMA FUNDAMENTADA, COERENTE E ÍNTEGRA COM O DIREITO

Como dito na primeira parte do trabalho, no âmbito jurídico o juiz representa o testemunho da aparição das partes no processo judicial, sendo que cada parte traz consigo seu ser bem como seu ente. O juiz (testemunho) é a forma como o Direito apreende o modo de ser dos seres que se revelam, é um ser garantidor que se revela tornando-se um ente a cada manifestação.

Nisso se constitui os poderes instrutórios do juiz, que tem como finalidade estimular o fenômeno processual, trazendo a baila o que for necessário para corroborar as alegações feitas pelas partes, o que deveras será o caminho esférico a percorrer a fim de se alcançar o entendimento compartilhado sobre o problema.

Assim é, que no âmbito do processo civil o juiz pode homologar ou não a decisão das partes que contrataram termos processuais se estiverem contrariando o ordenamento, pode convocar as partes para ouvi-las sobre o processo, pode ainda fazer uma inspeção judicial (ARt.) para se presentar o que está sendo representado no processo através das alegações das partes.

O ser juiz é um modo de existir e não um modo-de-ser, posto que acontece entre entes: “a função primordial do testemunho é abrir e fechar espaço na existência para as coisas, para as pessoas, para os modos e alternativas de se viver” (JACOMINI, 2012, p. 132).

> Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui. E de tal modo que se transforma em coisa-juiz e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz. Ao não representar o papel de juiz (= quando não estiver a judicar – durante um dia podemos ser, por exemplo, músico, esportista, pescador, acólito eclesiástico; podemos estar a representar diversos papéis), poderão, sim, prevalecer seus valores (recomenda-se apenas que, já que também desempenha o papel de juiz, seja discreto...) (GRAU, 2016, p. 23).

Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2016) apresentam interessante abordagem sobre o modo de ser juiz de acordo com o modelo de Estado que vivenciam. Na recente obra 'O juiz e o direito: o método dialógico da magistratura na pós-modernidade', os autores evidenciam que cada ser juiz pode apresentar diferentes manifestações ônticas, ou entes-juízes, podendo os modelos de juízes propostos por eles serem utilizados de forma sobreposta, justamente devido a capacidade do ser-juiz se manifestar de forma plural e inapreensível a priori, como visto no capítulo anterior.

> O mesmo juiz pode ser, em cada momento da sua atividade jurisdicional, jupiteriano (que respeita a vontade do legislador, do texto legal), herculiano (engenheiro social) ou hermesiano (comunicador, flexível, multifacetado e

> aberto às múltiplas fontes do direito). Isso acontece porque nem sempre o juiz se mostra inteiramente fiel ao sistema jurídico implantado, notando-se, nesses casos, certo descompasso entre o direito programado (o sistema) e o direito declarado como válido pelo juiz em cada caso concreto. Uma coisa é o programa da norma; outra, distinta, é o campo da eficácia concreta (real) daquilo que foi programado (GOMES, MAZZUOLI; 2016, p. 7).

Por todo o exposto anteriormente, é certo avaliar que é pela motivação ou fundamentação de suas decisões que o juiz, através da linguagem, coexiste com as partes e a sociedade, refletindo sua harmonia e sujeição ao Direito, de forma íntegra e coerente na sua função de interpretar e aplicar o direito.

Fundamentar uma decisão justificando a interpretação jurídica que se aplica ao caso concreto, de acordo com a Constituição Federal, é um modo de ser obrigatório da jurisdição no contexto contemporâneo de existência da sociedade brasileira, porque:

> Se democracia é o autogoverno do povo, não é democrática a substituição das normas de convivência estabelecidas no exercício deste autogoverno pela visão de uma só pessoa, quanto mais como no Brasil, em que ela não possui esta legitimação eleitoral. Por isso, encontrar respostas adequadas à Constituição é uma

> necessidade democrática (LUIZ, 2013, p. 127).

Tal obrigação de fundamentar, ou melhor, esclarecer de forma clara, coerente e íntegra a interpretação/aplicação do Direito, é pressuposto do Estado Democrático de Direito revelado na Constituição Federal.

Isso porque a motivação ou fundamentação da decisão judicial repercute em três dimensões entrelaçadas: 1) serve como meio para a fiscalização das decisões judiciais pela sociedade (controle de legitimidade da jurisdição); 2) oferece segurança jurídica, uma vez que esclarece, integra e sistematiza o Direito; 3) legitima o devido processo legal, que não se resume ao contraditório útil e efetivo entre as partes, mas se fundamenta na relação de colaboração dinâmica de todos os atores do processo, inclusive o juiz, de forma sujeita à Carta Magna (LUCCA, 2016, p. 30).

O dever de fundamentação das decisões judiciais foi reforçado pelo Novo Código de Processo Civil que ampliou o espectro de efetividade conferido pela norma constitucional a esse direito fundamental insculpido no artigo 93, IX, CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

O art. 489, NCPC aduz: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Para Lucca (2016, p. 85), conforme a diferenciação entre regras e princípios proposta por Humberto Ávila, os artigos 93, IX, CF/88 junto ao art. 489, II, CPC se

apresentam como regras de aplicação imediata e não como princípios (mandados de otimização), posto que revelam comandos acabados e definitivos: ‘toda decisão judicial deve ser motivada”. Além do que,

> a motivação das decisões judiciais é uma típica norma instrumental para a realização do Estado de Direito, da segurança jurídica e do devido processo legal, garantindo a redução do arbítrio judicial, difundindo a maneira como o Direito deve ser interpretado e concretizando outros valores processuais fundamentais, como o do contraditório e da inércia da jurisdição (ibidem).

Para Lucca (2016, p. 80) existem várias razões que justificam a natureza constitucional do dever de motivação, dentre elas cita-se a racionalidade da atividade jurisdicional, o controle da juridicidade da decisão, a legitimação do exercício do poder jurisdicional, proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias, melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela, redução do número de recursos e promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores.

Para Lucca (2016, p. 81) a motivação pode ser entendida, do ponto de vista analítico, como a exposição de maneira ordenada, lógica, clara e coerente das razões pelas quais se decide de determinada forma, segundo ele:

> O dever de motivação é, antes de tudo, uma garantia jurídica. Isso significa que, de um lado, trata-se de uma autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional, obrigando-se a justificar formalmente a sua atuação e a eventual ingerência na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo (dimensão subjetiva das garantias). De outro, é um instrumento técnico e institucional que protege os direitos e faculdades do indivíduo do arbítrio e da antijuricidade (dimensão objetiva das garantias). Mais especificamente, realiza o direito de todo indivíduo de conhecer as razões pelas quais sua pretensão foi insatisfeita (autor) ou pelas quais a pretensão da outra parte foi satisfeita (réu).

A legitimidade das decisões judiciais se extrai das causas que lhe deram origem, devendo estas, logicamente, estarem em harmonia com o parâmetro de interpretação/aplicação do Direito. Enquanto o Poder Legislativo tem sua legitimidade de forma primária, posto que atua sob a égide da soberania popular e o Poder Executivo só tem a obrigação de motivar as decisões que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, ou imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (art. 50, I e II, Lei 9.784/99) podendo suas decisões serem revistas pela autoridade superior no nível hierárquico, no âmbito do Poder Judiciário todas as decisões devem ser motivadas, primeiro porque é assim que se tornam legitimas, segundo porque não necessariamente serão revistas (LUCCA, 2016).

> A atividade jurisdicional extrai a sua legitimidade de seu exercício procedimentalizado, da participação efetiva das partes no processo, e da juridicidade e racionalidade das decisões ao final proferidas. Racionalidade que depende, sempre, da demonstração de que as decisões estão fundadas nas normas jurídicas que regem a sociedade e nos fatos devidamente provados pelas partes mediante o exercício do contraditório e da ampla defesa. A motivação das decisões judiciais, destarte, é elemento indispensável para a legitimação da atividade jurisdicional (LUCCA, 2016, p. 126).

No passo da contextualidade do mundo-jurídico, atrelado sempre ao seu tempo e espaço, as técnicas legislativas diminuíram a concretude de determinados textos normativos, ampliando o espectro de interpretação/aplicação destas pelo interprete do Direito, a fim de abarcar uma maior quantidade de situações. Junto as cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados também foi necessária a normatização dos princípios que detém carga vinculante e eficácia plena, tais como as regras.

Contudo, é *mister* entender que os princípios abrem e fecham o campo de interpretação do interprete, posto que também limitam o interprete, conforme já foi dito.

A criação da norma jurídica no caso concreto é sempre limitada pelo parâmetro ou fundamento ético

constitucional ou internacional aprovado, isto porque: “quanto mais fluido for o ordenamento jurídico, repise-se, mais premente é a necessidade de que as decisões sejam bem fundamentadas, afastando-se de qualquer dúvida sobre o efetivo respeito da ordem jurídica (LUCCA, 2016, p. 136).

Explica Lucca (2016), que para os adeptos da teoria da atividade criativa do Direito a motivação serve para discutir sobre a validade da norma jurídica criada, e para os que percebem as decisões judiciais apenas como instrumentos concretizadores dos textos normativos a motivação serve para demonstrar que se restringiu ao campo da jurisdição, não invadindo a atividade política do Estado, demonstrando pois sua juridicidade.

O autor ainda (2016, p. 149) fomenta que uma vez o juiz estando atrelado ao parâmetro de legitimidade de suas decisões (CF, TIDH) e uma vez que sua atividade tem ponto de partida e de chegada (efetivação do parâmetro), não é uma atividade criativa, posto que o substrato já existe:

> Ora, se o intérprete deve explicitar sua versão de significado a partir dos fins e valores constitucionais, então ele nada mais faz do que explicitar o que ele *acredita* ser a norma jurídica aplicável de acordo com um “universo axiológico que não é necessariamente o seu”. Inexistindo liberdade criativa para fugir dos “pontos de partida”, inexiste criação judicial do direito. E pouco adianta chamar o fenômeno de “reconstrução’, já que reconstruir nada mais é do que construir algo que existia e *não existe mais.*

Conforme já explicitado no capítulo anterior, para Streck (2016, p. 159) a coerência e a integridade são soluções melhores e mais adequadas ao contexto atual do que a segurança e certeza. Posto que:

> Segurança e certeza aparecem na praxe jurídica como “valores” autorreferentes, desarticulados, descarnados, ontologicistas e algo teológicos. Repristinam a cada decisão o dilema cego entre positivismo e jusnaturalismo, ambos constituindo fundamentos últimos e absolutos, prontos para acolher ou rejeitar qualquer pedido ao talante do juiz. Já a coerência e a integridade avançam no problema, deslocando seu âmbito de solução para a “consciência histórica”.

Em resumo tem-se que são:

> Os cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão [e] são os seguintes: (a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para

> aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada (STRECK, 2016, p. 169)

Sendo assim, independente do debate teórico entre a atividade judicial ser fonte de criação ou não do Direito, cabe a todas as decisões judiciais o respeito aos postulados constitucionais que as normatizam, com o devido regramento do Novo Código de Processo Civil, a fim de se legitimarem dentro do próprio sistema jurídico e perante a sociedade como decisões “justas”, ou melhor, democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente projeto acadêmico a fim de responder aos anseios que levam a uma decisão judicial adequada no parâmetro constitucional, utilizou-se do referencial teórico da hermenêutica filosófica, acreditando ser necessário primeiramente, demonstrar o modo do homem conhecer e ser na realidade, ou seja, o como interpretar e aplicar o conhecimento para então pesquisar sobre a interpretação e a aplicação do Direito em si.

Dessa forma, em sua primeira parte apresentou os postulados filosóficos do conhecer e do saber homem na realidade através da História. Apresentou a metafísica clássica e sua transição para a metafísica moderna, apresentada no segundo capítulo e conclui que tais abordagens revelam um mecanismo dual de interpretar a realidade através do esquema objeto-sujeito ou sujeito-objetico, respectivamente.

Tais modos de perceber e aplicar a realidade do Direito aos casos concretos trouxeram como consequência um fazer direito ao pé da letra, em que o formalismo e a dogmática superava a necessidade de resultados práticos a nível do Direito material e de outro lado, na segunda fase, utilizando o sujeito como julgador deveria decidir conforme sua consciência lhe imputava a decisão mais justa, ou seja, subjetivismo jurídico, revelado no realismo jurídico conforme exemplificado.

Na tentativa de apresentar uma proposta de superação a tais paradigmas, ainda persistentes no modo de pensar a realidade jurídica, o trabalho demonstrou a

evolução da hermenêutica após a virada linguística retomada na contemporaneidade pelos filosófos Heidegger e Gadamer, especialmente. Sem olvidar, contudo, que tais paradigmas de interpretação, fundados no reunir dos sentidos possibilitados pelo ente e não mais na representação pura e simples do que já foi dado, já existiam na Antiguidade Clássica enunciada por filósofos pré-socráticos como Parmênides e Heráclito.

Assim, ficou demonstrado e exemplificado de forma breve por pesquisas recentes, que a decisão se dá junto a fala e que a linguagem é o *locus* de apreender e elaborar a realidade, não sendo mero mecanismo veiculador de ideias, mas próprio mecanismo veiculador de ideias, mas próprio mecanismo de criação da compreensão do homem. Com isso, resultou-se o que o trabalho assumiu a corrente que postula que interpretar e aplicar o Direito não podem ser atos separados, mas juntos, posto que a interpretação está calcada na compreensão que se dá de forma intersubjetiva, através do confronto entre o objeto apresentado no presente com o passado construído pela tradição e a necessidade de um futuro adequado. A aplicação seria portanto o revelador dessa compreensão sobre o problema, devendo, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, ser fundamentada pelos paradigmas desenvolvidos por Ronald Dworkin, da coerência e integridade.

Assim, a compreensão, interpretação e aplicação do Direito se dão pelo reconhecer a própria história do sistema jurídico que não se isola dos outros subsistemas sociais, mas deve oferecer respostas para a harmonização do conjunto social, utilizando nesse ponto a teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhman.

É a história e a filosofia que apresentam o pano de fundo que servirá para sustentar a dogmática jurídica que firma o direito processual e material na contemporaneidade calcada na Constituição e nos Direitos Humanos.

Atentando-se a isso é que os postulados do positivismo, pós-positivismo e as correntes emergentes do pragmatismo jurídico devem ser questionados, posto que no afã de tornar célere e eficaz o sistema processual, não se pode suplantar ou atropelar o dever de integridade e coerência que por isso mesmo foram estipulados no Novo Código de Processo Civil como condições de uma decisão judicial adequada.

Foi demonstrada a relação circular entre o processo civil e a Constituição, ponto de partida e de chegada para a interpretação das normas de processo, finalizando com a demonstração da necessidade da adequada fundamentação das decisões judiciais, com o rigor apregoado pelo Novo Código de Processo Civil, a fim de chegar a um estado de ser do Direito no Brasil em que o indeterminismo judicial calcado na subjetividade do juiz é rechaçado e as decisões do Estado-juiz são democraticamente legitimadas através da fundamentação com base no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionario de filosofia. Editora Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado, 2015

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento.** Companhia das Letras, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz.** Revista dos Tribunais, 2011.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional** – Série Idp. Editora Saraiva, 2010

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e da Decisão Racional**. Editora Renovar, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica da argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Editora Forense (Edição Digital), 2014.

CARBONELL, Miguel. (organizador). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo Constitucional**. 2 ed. rev e atual. e ampl. Belo Horizonte, Pergamum, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual, v2**. Editora Juspodivm, 2016.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial – hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito**. Livraria do Advogado, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Argumentação**. Editora Atlas, 2015.

_____. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole, 2014.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; MAZZUOLI, Valerio. **O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Editora Juspodivm, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes -**7ª Ed. Editora Malheiros, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** entre a facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

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: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

JACOMINI, Alessandro. **Hermenêutica no Direito e o círculo da compreensão**. Paco Editorial, 2012.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: porque a justiça não funciona no Brasil.** Editora Juspodivm, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. A teoria neoinstitucionalista do processo – uma trajetória conjectural. Arraes Editores, 2013.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Lorezentti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **A arte de fazer justiça:** a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina. Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A Arte da Justiça: **A Intimidade Dos Casos Mais Difíceis da Corte Suprema da Argentina.** Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LUHMAN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Editora Martins Fontes, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Editora Forense, 2011.

MONTEIRO, Claudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.** Editora Lumen Juris, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10 ed. Sâo Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NETO, Orlando Faccini. **Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial**: Hermeneutica, Constituição e respostas corretas em Direito. Livraria do advogado, 2011.

NEVES, Castanheira. **A distinção entre questão de fato e questão de direito**. In: _____. Digesta, escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 1

NEVES, Fabrício Monteiro. A verdade como comunicação: notas sobre a sociologia do conhecimento científico e a teoria dos sistemas sociais. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). **Dossiê Niklas Luhman.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 279-296

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa. Edições 70, 2006.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Editora Millenium, 2010.

RODRIGUEZ,Caio Farah. **Juízo e Imaginação - da Indeterminação Jurídica à Inovação Institucional.** Malheiros, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

_____ (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Editora Forense, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ . **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Novos Aspectos da Jurisdição Constitucional Brasileira.