

## HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: EM BUSCA DE RESPOSTAS ADEQUADAS À CONSTITUIÇÃO

Nelson Camatta Moreira<sup>1</sup>

Leonardo Zehuri Tovar<sup>2</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/04/2015*

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A INTEPRETAÇÃO JURÍDICA E AS REVOLUÇÕES PARADIGMÁTICAS QUE JUSTIFICAM SEU (RE) PENSAR: um esboço à Teoria da Decisão Judicial. 2.1. Teoria das fontes: reflexos na decisão judicial. 2.2. A Teoria da Norma: aportes críticos. 2.3. O ato de decidir diante de uma nova visão da teoria das fontes e da norma: uma crítica ao silogismo sentencial. 2.4 Entre a ponderação e a integridade: uma breve alusão às regras, aos princípios e a busca por respostas adequadas à Constituição. 3. CONCLUSÕES.

### RESUMO:

O artigo analisa a teoria da decisão judicial à luz da Crítica Hermenêutica do Professor Doutor Lenio Luiz Streck. A problematização fica por conta da necessidade de se construir e discutir uma teoria da decisão judicial para evitar decisões judiciais arbitrárias.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (Unisinos-RS), com estágio anual, com bolsa de estudos da CAPES, na Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito (Unisinos-RS). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu e da Graduação em Direito da FDV-ES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, da FDV-ES. Membro Honorário da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Advogado. Endereço eletrônico: [nelsoncmoreira@hotmail.com](mailto:nelsoncmoreira@hotmail.com)

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Pós-Graduado em Direito Público também pela FDV, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória (ES), Professor Universitário, membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional" (FDV), Procurador do Município de Vitória (ES), Advogado. [www.zehuritovar.com.br](http://www.zehuritovar.com.br) / [leonardo@zehuritovar.com.br](mailto:leonardo@zehuritovar.com.br)

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Constitucional e Processual, decisão jurídica, hermenêutica.

#### **ABSTRACT**

This paper analyzes the theory of judicial decision in the light of Critical Hermeneutics of law developed in Brazil by Professor Lenio Luiz Streck. The questioning is due to the need to build and discuss a theory of judicial decision to avoid judgments activists and arbitrary.

**KEYWORDS:** Constitutional law and procedures, legal decision, hermeneutics.

## 1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do tema “teoria da decisão judicial”, tem como desígnio mostrar como é difícil suplantar o positivismo e, particularmente, a discricionariedade judicial.

Busca-se trabalhar, a partir da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, do Direito como Integridade de Dworkin e, em especial, da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, o direito que cada cidadão possui de obter uma resposta constitucionalmente adequada ao caso posto sob o crivo do judiciário.

Para tanto e de acordo com o tema proposto serão traçadas considerações acerca do combate à discricionariedade judicial, notadamente porque se presenciam decisões, que, conquanto supostamente embasadas, são arbitrárias, despidas de motivação suficiente e até mesmo arbitrárias.

Enfrentar-se-á, de modo sucinto, dados os limites do presente, a Teoria das Fontes, tendo como parâmetro o Constitucionalismo Dirigente e Democrático pós-1988<sup>3</sup>, propondo-se uma readequação da Teoria da Norma, também a partir deste mesmo paradigma, desenhando-se, ainda, em caráter histórico e problematizador, a evolução do ato de decidir e a influência das escolas metodológicas do século XX em diante<sup>4</sup>. Dissecando melhor, objetiva-se problematizar como o constitucionalismo contemporâneo não foi suficiente para que, de fato, ocorresse uma readequação da Teoria das Fontes, da Norma, da Interpretação e, por conseguinte, da aplicação/decisão.

Então, a partir desta evolução e deste novo paradigma - Constitucionalismo Dirigente e Democrático pós-1988 - é que será enfrentada a questão envolvendo a superação da Hermenêutica Clássica pela Filosófica.

Tendo-se como base, além da Hermenêutica Filosófica, o Direito como integridade, passar-se-á à análise de decisões que, segundo se vê,

---

<sup>3</sup> Por todos, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

<sup>4</sup> Neste ponto, vale transcrever Alexandre Coura: “Assim sendo, como a ‘indeterminação do Direito’ não pode ser simplesmente eliminada, a abertura hermenêutica da atividade jurisdicional há de ser enfrentada, a partir de uma análise crítica da fundamentação das decisões judiciais. Tais decisões são, muitas vezes, condicionadas por pressupostos inadequados ao atual paradigma constitucional, que devem, portanto, ser superados - como é o caso das escolas do Positivismo, da Hermenêutica Jurídica e do Realismo”. In: COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da ‘jurisprudência’ de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 69.

(des) legitimam a atividade judiciária *de decidir* e implementam a discricionariedade.

O grande alvo deste artigo, pois, é investigar a possibilidade de justificar, de modo legítimo, a tomada de uma decisão judicial. Sabe-se que os tribunais, proferem decisões a partir do paradigma de que a interpretação é “um ato de vontade” circunstância que legitima o *decisionismo*, o arbítrio e o ativismo.

Por tudo isso, como dito, o desígnio do presente é elencar pressupostos para à obtenção de decisões judiciais que não se mostrem caracterizadas pela discricionariedade, mesmo porque um dos grandes dilemas da contemporaneidade é demonstrado pela pergunta: como e a partir do que se decide?

Ora, não são raras as hipóteses em que o julgador decide e depois fundamenta sua escolha, desconsiderando os avanços das teorias da linguagem e da Hermenêutica Filosófica, que já superaram inúmeros problemas voltados a um tema correlato: como se interpreta.

Nesse sentido, é a partir da “Hermenêutica Filosófica” de Gadamer e do “Direito como Integridade” de Dworkin, que se objetiva confrontar a maneira como se decide.

Portanto, o que se busca no artigo é enfrentar, ainda que de forma resumida, como o problema da arbitrariedade judicial decisória pode contribuir para o não fornecimento de uma prestação jurisdicional adequada, à luz do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Dirigente pós-1988.

Logo, será demonstrada a necessidade de superação da filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto, além da aposta no protagonismo judicial. Afinal, à luz da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, a carência de método não abre ensejo para atribuição discricionária de sentido aos textos normativos, pois, além de a interpretação ocorrer no caso concreto, não se pode cindir questão de fato e questão de direito, tampouco conhecimento, interpretação e aplicação.

Lembre-se, por oportuno, a maneira como a discricionariedade presente na, muitas vezes, vaga ideia de “ponderação”, utilizada em abundância e de forma muitas vezes desvirtuada, pode, se mal-empregada, gerar instabilidade, decisionismo e arbítrio<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nelson Camatta Moreira problematiza e afirma: “*vontade do povo* passa a estar nas mãos dos juízes... E o problema passa a ser justamente o ‘grau de criatividade dos juízes’ In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 102.

E o “juízo de ponderação” se desvirtuado, acarreta considerável discricionariedade. Isto foi notado por Virgílio Afonso da Silva, quando de suas críticas à falta de precisão e rigor técnico e metodológico por parte dos Tribunais brasileiros, em específico o Supremo Tribunal Federal, tribunal que, para o autor, parece ter descoberto na proporcionalidade o remédio prodigioso para as mais diversificadas questões constitucionais<sup>6</sup>.

Sobre este específico ponto, são várias as críticas lançadas em direção à utilização da proporcionalidade. Eis alguns exemplos: (i) ofensa ao princípio da separação dos poderes, em especial a transformação dos Tribunais Constitucionais em nítidas Assembleias Constituintes; (ii) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; (iii) politização do judiciário e acerbado utilitarismo; (iv) decisões arbitrárias, muitas vezes marcadas por preferências subjetivas do julgador; (v) irracionalidade metodológica; (vi) depósito de esperanças no judiciário, no diz respeito à concretização dos direitos constitucionais.

Diante disso, coloca-se a seguinte problematização, de modo a justificar, de plano o porquê do tema desenvolvido neste artigo: a Teoria da Argumentação de Alexy, tal como utilizada (de forma equivocada), pode gerar decisões irracionais e ativistas?

Esta questão, por si só, justifica e confere relevância ao artigo. Melhor dissecando, tangenciam o presente estudo, os pontos seguintes, que, resumidamente, tem como desígnio enfrentar como as decisões judiciais podem ser travestidas de posturas arbitrárias, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

## **2 A INTEPRETAÇÃO JURÍDICA E AS REVOLUÇÕES PARADIGMÁTICAS QUE JUSTIFICAM SEU (RE) PENSAR: um esboço à Teoria da Decisão Judicial**

### **2.1 Teoria das fontes: reflexos na decisão judicial.**

Conquanto se observe o avanço das teorias jurídicas contemporâneas, vive-se, nos dias atuais, uma crise paradigmática. A estrutura e o papel do Estado foram, pouco a pouco, sendo modificados, mas a visão tradicional envolvendo a interpretação jurídica e a forma de decidir as questões judiciais, ao que tudo indica, não acompanhou tal revolução paradigmática.

Ainda são enfatizados métodos interpretativos clássicos como o gramatical, lógico, histórico e sistemático, de modo simplório, como se,

---

<sup>6</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

ainda sob o prisma de Carlos Maximiliano, interpretar fosse precisar “o sentido e o alcance da norma diante do caso”<sup>7</sup>”.

Termos como hermenêutica, exegese, interpretação, explicação e explanação, de modo repetitivo e hodierno, são utilizados como sinônimos. Talvez por isso, a advertência doutrinária de Arthur Kaufmman se mostre tão correta:

Quando examinamos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou, e que ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei”, e provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos de que formulam decisões de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal<sup>8</sup>.

E é exatamente pelo fato do tempo não ter paralisado que se reputa pertinente o estudo da Teoria das Fontes, a partir de uma perspectiva contemporânea. Sabe-se, entretanto, que a classificação tradicional das fontes do direito se encontra ultrapassada, ao menos pela linha que se objetiva adotar. Como exemplo, Castanheira Neves identifica variações que sugeririam a alteração da tradicional Teoria das Fontes do direito. São elas: (i) a mudança na concepção do direito; (ii) na realização do direito; e, por fim, (iii) ao sentido do sistema jurídico<sup>9</sup>.

Segundo o autor, o direito não é mais visualizado de modo estatista, diante da sobrevivência do constitucionalismo e a consequente racionalização do poder, dada a inserção e consagração dos princípios constitucionais e direitos fundamentais do cidadão<sup>10</sup>.

Já quanto à realização, deixa o direito de ser pura e simplesmente a aplicação da lei, vindo a ser tido como meio de promoção dos direitos e da consagração da democracia<sup>11</sup>.

No tocante ao sentido jurídico, a alteração está consubstanciada no fato do direito estar condicionado à realidade histórico-social, deixando de

---

<sup>7</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

<sup>8</sup> KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.184.

<sup>9</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, vol. 2, p. 45 *et seq.*

<sup>10</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 49-51.

ser apenas um sistema legislativo<sup>12</sup>. Acertada, nesse pormenor, a posição de Lenio Streck quando diz que “a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa desvencilhar do mundo prático)<sup>13</sup>”.

É partir de tais premissas que a teoria das fontes tradicional merece ser revista. A teoria tradicional apenas considera como pertencentes a este grupo (fontes), a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina. Lei e costume são considerados fontes diretas (pois influenciam a formação do direito), ao passo que doutrina e jurisprudência seriam mediatas (porquanto modos de revelação do direito).

Nessa linha, diversos outros institutos podem ser considerados fontes. Como exemplo disso, têm-se as súmulas vinculantes e precedentes judiciais, as medidas provisórias, além da própria doutrina, cuja importância, nos tempos modernos, deve ser revitalizada e, inclusive, potencializada.

Sobre este último ponto – o relevante papel da doutrina – é impossível concordar com o trecho extraído do voto proferido pelo então Min. Humberto Gomes de Barros do STJ:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha

---

<sup>12</sup> Idem, p. 56.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

investidura obriga-me a pensar que assim seja (AgReg em ERESP n° 279.889-AL).

Com efeito, é de Castanheira Neves, como adiantado, a crítica ao pensamento desenvolvido pela teoria tradicional das fontes. Não é adequado que se leve em conta a perspectiva político-constitucional para entendê-la, pois não basta apreender quem é o titular do poder de prescrever normas jurídicas cogentes<sup>14</sup>. Assim, o autor prossegue e extrai as seguintes conclusões e demonstra o motivo pelo qual esta concepção estreita de fonte não é a mais correta: 1ª que o direito é imputado exclusivamente ao Estado, como seu único titular e criador; a 2ª que o problema das fontes é um problema político-constitucional, que por um lado trataria de identificar qual poder do Estado poderia criar direito, e por outro, de definir as formas, juridico-constitucionalmente admitidas, para essa criação; a 3ª é que, o sentido de fonte do direito nessa perspectiva, só pode ser a prescrição legislativa; a 4ª é que o conceito de fonte se restringe a um conceito formal – só as formas de prescrição importam, não o conteúdo normativo prescrito<sup>15</sup>.

Vê-se, portanto, que o problema das fontes, é melhor compreendido se estas forem tidas como “são pontes de positivação, os modos pelos quais uma normatividade se torna direito positivo”, como bem salienta o autor mencionado<sup>16</sup>.

## 2.2 A Teoria da Norma: aportes críticos.

O mesmo se diga quanto à necessidade de readequação da Teoria da Norma<sup>17</sup>. Com efeito, a partir do século XX se exaltaram os embates envolvendo conceito de norma.

Hans Kelsen no desenvolvimento de sua teoria<sup>18</sup> insere a norma no centro de suas investigações, daí o motivo pelo qual é chamado de positivista normativista. Para o jurista, portanto, o conceito de norma jurídica se confunde com o de direito, mas é bom que se ressalte: lei é espécie de norma.

---

<sup>14</sup>NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 38.

<sup>15</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 39.

<sup>16</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 8.

<sup>17</sup> Sobre o tema o estudo de SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

E se para Kelsen o conteúdo primordial do direito é a norma jurídica, sendo a lei uma espécie desta, a pergunta relevante seria: o que é norma jurídica para o jurista em questão? É – a norma – um esquema de interpretação da realidade, por meio da qual o direito traz para o seu âmbito um fato ocorrido no mundo. Ocorre que para cada descrição fática, poderá ser extraída uma diferente norma, daí porque, em apertado resumo, o jurista desenvolveu o critério da *validade*.

Uma norma é válida – e por isso pode existir – quando encontra sua existência autorizada por outra que se encontra em patamar hierárquico superior. Acima de todas as normas, inclusive da Constituição, está a norma hipotética fundamental. Trata-se, esta última, de um ato lógico, cuja função é fechar o escalonamento normativo. Não se trata de norma posta, mas suposta, porquanto é dela que todo o direito adquire juridicidade e coercitividade.

O critério da validade, entretanto, como método de identificação da norma, deixa marcas nos tempos modernos. Afinal, se de cada descrição fática pode ser extraída uma diferente norma (por vezes mais de uma), como julgar qual interpretação pode ser eleita como a mais consentânea e adequada?

Kelsen afirma que não subsiste método que defina ou avalie as interpretações sobre uma norma a não ser o critério da validade. Se válida a interpretação, então nada obsta sua aplicação<sup>19</sup>. É que o ato de escolha é discricionário e, por isso, de competência do aplicador do direito.

E a doutrina, qual seu papel para Kelsen? Cabe a ela descrever, imparcialmente e sem juízo de valor, as possíveis interpretações, de modo a delimitar um quadro (ou moldura) que permita ao aplicador identificar as que são válidas e as que não são. Kelsen denomina tal proceder de interpretação não autêntica (pois de lavra daqueles que não são aplicadores do direito), estatuinto ainda que a interpretação autêntica, esta sim reservada aos aplicadores, é discricionária<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Idem, p. 391-392.

<sup>20</sup> Muito embora exista, a moldura não vincula e engessa o aplicador: “As referências à moldura indicam que, segundo Kelsen, o aplicador realiza a interpretação das normas adotando uma postura cognitiva. Mas, quando não são indicados os métodos que permitem essa cognição, a atividade interpretativa se transforma em puro ato de vontade. Isso se torna claro quando Kelsen afirma que da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa, e conclui que, se a autoridade possui competência de decidir de forma definitiva, sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à moldura”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 215.

O jurista e filósofo austríaco afirma a possibilidade de interpretação autêntica, fora das descritas pela ciência do direito, o que se extrai de sua Teoria Pura do Direito, na edição de 1960. Com efeito, diz Kelsen:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa<sup>21</sup>.

Resquícios de tal afirmação – que muitos sugerem embasar a conclusão de que a interpretação é um ato de vontade<sup>22</sup> - são encontrados em trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal: “... No mais, a respeito da interpretação dada a textos de lei, observe-se que tal atividade revela sempre um ato de vontade, possuindo uma carga construtiva muito grande, no que é buscada a prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça...<sup>23</sup>”.

Não é difícil perceber que o objeto da epistemologia jurídica kelseniana tem como ponto fulcral o sistema de normas jurídicas, as quais imprimem sentidos nos atos sociais, como bem adverte Luis Alberto Warat<sup>24</sup>. No que se faz relevante ao presente, entende-se o motivo pelo qual, certos ou errados (pois como visto na nota de rodapé, não se trata de conclusão uniforme), os críticos de Kelsen afirmam que quando o autor dá prevalência à autoridade estatal no ato de definir a vontade do direito, teria ocorrido o chamado “giro decisionista<sup>25</sup>”, porquanto estaria sendo assumida uma postura preponderantemente realista (do mundo do ser).

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (1960). São Paulo: Martins Fontes, 2000b, p. 394.

<sup>22</sup> ADEODATO, João Maurício, reputa infundada a acusação comumente feita a Kelsen de que o autor dá sustentáculo a decisionismos, de modo que a transcrição de seu pensamento é pertinente: “Não há precisão teórica em acusa-lo hoje de fundamentar o ativismo judicial na atividade hermenêutica, nem no passado em acusa-lo de justificar o nazismo. A ideia de Kelsen é descrever o que efetivamente ocorre – não fazer uma pregação missionária por mais poder para os juízes – e defender que é uma ilusão achar que a regra geral determina a decisão individual, assim negando expressamente a possibilidade de uma única resposta correta. Isso porque, como discípulo de Kant enfatiza o dualismo entre ser e dever ser e vai mais além ao associá-lo aos dualismos entre o princípio da causalidade (*kausalprinzip*) e o princípio da imputação (*Zerechnungsprinzip*) e, respectivamente, entre o ato de conhecimento e o ato de vontade” (In: **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82).

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 252347 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/11/1999, Data de Publicação: DJ 10/12/1999 PP-00054.

<sup>24</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia jurídica e ensino do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 241.

<sup>25</sup> De acordo com Cattoni de Oliveira “a partir de 1960, Kelsen passa a admitir que pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela

Equivale dizer: o direito seria tão só, um ato de criação dos magistrados, circunstância que relegaria aplicação, em tom paradoxal, ao contemporâneo texto de Haberle que versa sobre uma sociedade aberta de intérpretes, não só da Constituição, como do Direito<sup>26</sup>.

Ou seja: ainda há quem apregoe que o direito é aquilo que é dito e repetido pelos Tribunais<sup>27</sup>. Na expressão de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “imagina-se que a ‘vontade da lei’<sup>28</sup> seja um segredo, zelosamente guardado pelos tribunais de última instância<sup>29</sup>”. O conto adiante, retratado por Lenio Streck, exemplifica a temática perfeitamente:

[...] conto de Ítalo Calvino. Pela estória, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em determinado momento Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distráido, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. [...]. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas de produção de sentido. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem dessa ‘síndrome de Abdula’. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas –

---

interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, como também se pode produzir uma norma geral ou individual, conforme o caso, que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 50.

<sup>26</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

<sup>27</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 192

<sup>28</sup> Tratando de assunto correlato ao específico ponto, um dos autores do presente texto afirma: Não há mais Direito, portanto, para além do conjunto de normas estabelecidas pela autoridade legítima. Deve-se obedecer às disposições normativas estatais, porque foram elaboradas por quem tem competência para fazê-lo, correspondendo à delegação de poderes da sociedade em geral, tendo como referência a noção hipotética de contrato social. (MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142).

<sup>29</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267.

reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o skeptron, isto é, a fala autorizada<sup>30</sup>!

Defende-se, piamente, que é impossível o desenvolvimento e a promoção de uma readequação da teoria da norma, sob um viés pós-positivista, acaso se apegue a uma teorização cujas bases estejam fincadas no primado da decisão como ato discricionário. Ou, na confusão que muitas teorias da argumentação ainda promovem ao não dissociarem texto e norma<sup>31</sup>. Mesmo que sob outra perspectiva – a *Retórica* – João Maurício Adeodato é preciso ao elencar a importância da diferença existente entre *significante* e *significado*:

Em síntese, as diferenças entre a norma como ideia (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e a norma como símbolo linguístico (os significantes que se percebem por meio da comunicação a partir das chamadas fontes do direito) são particularmente importantes para interpretação e argumentação jurídicas. (...).

Entender a norma como significante revelador do direito é o sentido mais antigo da expressão ‘norma jurídica’, a primeira metonímia. É o que ocorre quando o professor aponta para o código e diz que ali ‘estão as normas’ do ordenamento jurídico, do mesmo modo que os hebreus viram normas no texto dos Dez Mandamentos. A perspectiva retórica não pode confundir esses dois elementos do conhecimento jurídico – significantes e significados – pois há um abismo entre eles<sup>32</sup>.

Aliás, confusões tais irradiam efeitos para o conceito de sentença. Afinal, à luz da perspectiva pós-positivista<sup>33</sup> que se adota aqui, pode-se adiantar que só será possível o desenvolvimento de um novo conceito de norma a partir de um novo conceito de sentença.

### **2.3 O ato de decidir diante de uma nova visão da teoria das fontes e da norma: uma crítica ao silogismo sentencial.**

---

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 236-237.

<sup>31</sup> A diferença entre texto e norma é, dentre outros, descrita por Friedrich Muller. Para o autor, a normatividade é descrita por ao menos duas dimensões que a estruturam. São elas: (i) o programa da norma, constituído do ponto de vista da interpretação por força da assimilação de dados primariamente linguísticos; e, (ii) o âmbito normativo, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados primariamente não linguísticos. In: MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. III. 1, p. 42.

<sup>32</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 208.

<sup>33</sup> Adiante-se que a utilização do termo tem a ver com o advento de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da discricionariedade judicial é combatida e não com uma mera e simples continuação do positivismo.

Reafirmando: não se confunde a norma com o texto, porquanto aquela surge com a solução do caso, seja ele real ou não. Logo, a norma não é contida (encapsulada) na lei (no texto), muito embora seja este elemento importante e verdadeiro ponto de partida. É com a interpretação, cujo desiderato é solucionar o caso concreto (real ou não, frise-se), que surge a norma jurídica.

Daí se vê que perde completamente o sentido dizer que a atividade interpretativa do jurista é limitada a descobrir a vontade da lei (*voluntas legis*) ou do legislador (*voluntas legislatoris*)<sup>34</sup>. Ora, interpretar um texto jurídico, não pode ser simplesmente revelar tais vontades, pela simples razão de que é impossível desconsiderar a modificação e a alteração compreensiva que advém das questões históricas.

O sentido de um texto normativo não é unívoco, muito menos detém conteúdo atemporal; a atividade interpretativa não é um trabalho que se limita a reproduzir sentido. Acrescente-se: com o movimento do giro linguístico, foi superada a metodologia positivista, e assim não se mostra viável separar a compreensão, a interpretação e a aplicação, mesmo porque, como adverte Gadamer “o conhecimento do sentido de um texto e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário<sup>35</sup>”. E mais: “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo<sup>36</sup>”.

Tais considerações, advindas de um filósofo como Gadamer, aplicam-se inteiramente ao mundo jurídico. Ora, o jurista, na medida em que interpreta um texto normativo, vê nesta atividade, serem operados os efeitos da história<sup>37</sup>. Por isso se diz que na atividade interpretativa ocorre uma fusão de horizontes, um autêntico diálogo que possibilita a

---

<sup>34</sup> Cf. MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142.

<sup>35</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes. 1999. p. 460.

<sup>36</sup> Idem, p. 444.

<sup>37</sup> Como diz Gadamer, referindo-se ao intérprete e não propriamente ao jurista: “ele só possui uma tal consciência porque é histórico. Ele é seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele já foi”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2008, vol. II, p. 143.

compreensão da mensagem passada pelo texto<sup>38</sup>. Nessa medida, efetivamente se pode afirmar que não há compreensão originária da norma, e, ulteriormente, sua aplicação. Interpretar é aplicar; um momento único reitere-se, que ocorre em um processo de circularidade com a tradição do texto em si. Friedrich Muller, afirma que:

a concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é caracterizada por esse horizonte universal pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas<sup>39</sup>.

A fusão de horizontes, para Gadamer, portanto, leva a uma fusão de pré-concepções e de interpretações, com o advento de uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê, como bem observou Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

E tais perguntas devem permitir ao intérprete ‘ouvir’ adequadamente o que o texto ‘pretende lhe dizer’, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ‘ser humano’. Somente assim poder-se-ia dar a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido. Com isso estava aberto o caminho para uma nova teoria do conhecimento e para a fundação de um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa<sup>40</sup>’.

O intérprete compreende a norma partindo de sua pré-compreensão<sup>41</sup>. E é esta que vai lhe dar o norte para um pré-projeto interpretativo<sup>42</sup>, que,

---

<sup>38</sup> Precisa, neste ponto, a fala de Nelson Camatta Moreira: “pode-se afirmar que jamais existirá um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação e aquele que lê um texto se encontra dentro do sentido que percebe. O leitor pertence ao texto compreendido. E sempre há de ocorrer que a linha de sentido vai se mostrando a ele ao longo da leitura de um texto, constituindo-se, assim, uma indeterminação aberta. Por isso, a interpretação requer uma pré-compreensão anterior, na medida em que o sentido do texto é atribuído por aquele que interpreta” In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012, p. 72.

<sup>39</sup> MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: RT, 2008, n. 1. p. 59.

<sup>40</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate – O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 84.

<sup>41</sup> A hermenêutica filosófica, como vem sendo alertado, entende que a “compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação”.

por óbvio, necessita de comprovação, revisão e até mesmo de correção, tendo como mote o caso concreto.

Uma vez mais: sempre há uma antecipação de sentido, que surge na primeira aceção do texto sob análise, mesmo porque o intérprete, nesse primeiro contato, não se desnuda de seus pré-juízos. Mas ele – o intérprete – deve deixar que o texto lhe diga algo; deve dialogar com ele, em um verdadeiro juízo de alteridade hermenêutica.

Não há possibilidade, diante de tais premissas, de se manter em voga pretensão caráter silogístico de uma sentença<sup>43</sup>. É que não há um desvelamento da norma, a partir do significado já inserido no texto, e sim, um único ato de produção e atribuição de sentido mediante problematização. Lenio Streck esclarece:

Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), *mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. Isto significa dizer: o *Dasein*, em seu modo prático de ser-no-mundo, desde sempre já se move – compreensivamente – em um todo de significados – que em *Ser e Tempo* recebe o nome de *significância* – e é desta relação fática de compreensão afetivamente disposta que brotam as significações das palavras. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de

---

In: GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 159.

<sup>42</sup> Nossos pré-juízos são a força motriz de nossa compreensão, porquanto como releve Stein: “O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente” In: STEIN, Ernildo. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 37.

<sup>43</sup> Alguns exemplos desse equivocado entendimento. 1) Fazzalari, tratando da sentença salienta o seguinte: “por último o juiz deve subsumir a situação substancial, como acima acertada, à lei que disciplina o seu dever de sentenciar, para concluir, enfim, que ele deva ou não emitir o comando jurisdicional requerido”. In: FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. P. 489. 2) Luis Cabral de Moncada, *verbis*: “a sentença traduz-se sempre, no seu aspecto formal, num silogismo, como forma de raciocínio, no qual a norma jurídica abstrata aplicável ao caso faz as vezes de premissa maior; o caso de que se trata, as vezes de premissa menor”. In: CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de direito civil: parte geral. 4. Ed. Coimbra**: Almedina, 1995. P. 818.

manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré) compreensibilidade da significância<sup>44</sup>.

Nelson Camatta Moreira, ao destacar a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica de Gadamer e asseverar o caráter produtivo da interpretação em cada caso, bem resume o ponto:

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, no qual se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*.

No direito, a proposta teórica de *Verdade e Método* contraria todas as tendências da hermenêutica tradicional, tal como praticada e apregoada pela dogmática jurídica. Nesse viés, o autor alemão rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito, acentuando que a interpretação da lei é uma tarefa criativa<sup>45</sup>.

Em sendo assim, conceituar sentença como ato silogístico, longe de ser uma filigrana ou preciosismo acadêmico despido de conteúdo prático, é um equívoco que promove confusão entre texto normativo e norma. A sentença, diante de confusão tal, seria um ato declarativo e não criador<sup>46</sup>. Isto é contrário ao movimento do giro linguístico e destoa da tarefa da interpretação, vista pelo prisma da hermenêutica filosófica. Na fala de Georges Abboud:

A sentença judicial não é um ato meramente silogístico; pelo contrário, ela é um modelo fundamental no qual se fundem a compreensão da norma e a sua relevância aplicativa. A norma é fruto do conhecimento, proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *posfácio*, n. 4.1, p. 491.

<sup>45</sup> MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012, p. 70.

<sup>46</sup> João Maurício Adeodato chega a conclusão similar, mesmo se baseando em perspectiva filosófica diversa: “A separação dos poderes, por parte dos normativistas, de que o juiz cria direito, ainda que a proporção de poder do judiciário, em detrimento dos poderes executivos e legislativos, varie de autor para autor. Assim, a generalidade deixa de ser considerada um caráter essencialmente da norma jurídica e a sentença é reconhecida como forma de expressão e criação de direito positivo. (In: ADEODATO, João Maurício, **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219).

interpretação e a ciência jurídica são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é algo mais que mera subsunção de um enunciado normativo<sup>47</sup>.

Em outros termos: não há uma questão de direito à espera de um encaixe que recaia sobre uma questão de fato. Para a hermenêutica filosófica não subsistirá autonomia entre questão de fato e questão de direito<sup>48</sup>, afinal, uma questão de fato é, acima de tudo, uma questão de direito e vice-versa<sup>49</sup>. Em tom crítico, Ovídio Baptista salienta que:

A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ - lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores - impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’<sup>50</sup>.

O processo hermenêutico que norteia a sentença não se realiza por partes estanques<sup>51</sup>. Não se interpreta e no momento seguinte se aplica o resultado dessa interpretação. Como já salientado, a hermenêutica filosófica gadameriana avançou nesse pormenor, afinal, como diz Heidegger “interpretar é elaborar as possibilidades projetadas na compreensão<sup>52</sup>”, ou seja, interpretar já é aplicar!

Nelson Camatta Moreira afirma: “A tarefa da interpretação consiste, então, em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação<sup>53</sup>”. E arremata: “Gadamer destaca o papel da hermenêutica jurídica com relação

---

<sup>47</sup> ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

<sup>48</sup> Eis, por oportuno, a doutrina de Eros Grau: “Sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Muller: não existe um terreno composto de elementos normativos (=direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (=realidade), do outro. (...) a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. GRAU, Eros Roberto. *A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito*, p. 31. In: ADEODATO, João Maurício (org.) **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996.

<sup>49</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão fato e Questão de direito, o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra, 1967.

<sup>50</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 302.

<sup>51</sup> De acordo com Gadamer “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”. In: GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. op. cit., p. 463.

<sup>52</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I, p. 204.

<sup>53</sup> Idem, p. 71-72.

à dogmática, afirmando não ser sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção<sup>54</sup>”.

Mas é bom que fique claro, conquanto o processo hermenêutico não se faça por partes e não seja dotado de pré-juízos e pré-compreensões de sentido, as acepções extraídas pelo intérprete somente irão adquirir validade se e quando forem compatíveis com a “coisa em si”. O respeito ao texto, portanto, é algo impositivo. Isto porque, se, por um lado, a consciência subjetiva do intérprete e sua carga histórica<sup>55</sup> carregam pré-juízos<sup>56</sup>, sendo somente por tais que se consegue atribuir sentido ao texto interpretado, por outro, a atribuição de sentido não poderá, sob qualquer hipótese, representar arbítrio do intérprete. Isto pode ser extraído de duas passagens da obra de Gadamer, adiante transcritas:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão<sup>57</sup>.

(...)

Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam os mal-entendidos<sup>58</sup>.

Daí porque, muitos autores da contemporaneidade que se debruçam no problema da decisão judicial. Tomem-se alguns, como exemplo. O primeiro – Robert Alexy – arrima uma teoria procedimental da decisão e

---

<sup>54</sup> Idem, p. 72.

<sup>55</sup> Ainda no tocante à historicidade do intérprete, Gadamer, assevera que cada nova leitura de um texto é uma leitura diversa, pois cada momento e época aquele que o interpreta compreenderá o texto segundo o seus próprios interesses e circunstâncias. Ou seja, a compreensão é temporal. Veja a passagem: “Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”. In: GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, v.1, p. 415.

<sup>56</sup> Conforme Gadamer: “A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do seu ser”. In: Idem, p. 416.

<sup>57</sup> Idem, p. 405.

<sup>58</sup> Idem, p. 442-443.

oferece uma Espécie de fórmula, cujo desígnio é racionalizar o discurso da decisão. O segundo – Ronald Dworkin sustenta um ideal de decisão judicial a partir de sua teoria do *Direito como Integridade*. O terceiro – Lenio Luiz Streck, a partir da aproximação entre Gadamer e Dworkin, procura assegurar respostas adequadas à Constituição.

Pois bem, o que se propõe é a apresentação de uma teoria da decisão representativa do âmbito discursivo por meio do qual se busque critérios para o exercício da atividade jurisdicional, adequando-a a contornos democráticos, impostos pelo constitucionalismo contemporâneo.

#### **2.4 Entre a ponderação e a integridade: uma breve alusão às regras, aos princípios e a busca por respostas adequadas à Constituição.**

Retomando, resumidamente se observa que, na terminologia de Alexy, o problema da racionalização das decisões judiciais passa pela edificação de uma fórmula que se mostre capaz de estancar a arbitrariedade interpretativa existente no instante em que, ante uma eventual colisão de valores em um determinado caso, o intérprete escolha aquele que deve prevalecer.

É a chamada fórmula da ponderação, que tem aplicação naquilo que o autor denomina de *casos difíceis*. A fórmula visa sanear a eventual colisão de princípios para que, feita sua precisa aplicação, seja apurada a regra de direito fundamental atribuída. Diga-se, por oportuno, que para Alexy existe distinção fundamental entre regras e princípios:

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...]. Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente<sup>59</sup>.

A problemática é: como distinguir casos fáceis e difíceis<sup>60</sup>? Como uma norma pode ter sua aplicação diferida em diferentes graus? A natureza

---

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 12.

<sup>60</sup>Idem.

de mandados de otimização dos princípios não confere margem de discricção incontrolável ao aplicador?<sup>61</sup> É possível, a partir das premissas de Alexy, racionalizar o ordenamento jurídico e a democracia? Fausto Santos de Moraes demonstra preocupação similar:

Não é novidade dizer que a noção de princípio jurídico proposta por Robert Alexy tenha sido endossada no mundo jurídico como critério diferenciador entre as espécies normativas, o que teria assegurado, no plano metodológico, a segurança de como se aplicar o Direito. A premissa seria: quando não fosse possível resolver os problemas mediante a aplicação das regras jurídicas, por subsunção, deveria o intérprete considerar os princípios jurídicos envolvidos, ponderando-os nos moldes da máxima da proporcionalidade.

Essa questão para colocar em evidência uma discussão sobre as possibilidades da interpretação e pode ser apresentada nos seguintes termos: a concepção de princípio jurídico de Robert Alexy como mandamento de otimização diluiria a deontologia dos critérios plasmados na historicidade do Direito, condicionando-a ao ato de vontade do intérprete<sup>62</sup>.

Princípios, tidos como mandados de otimização, para Alexy, não estão ligados a um nível deontológico, mas a um nível axiológico, o que pode gerar preferências subjetivas<sup>63</sup>. De mais a mais, atentando-se que a técnica ou “fórmula” da ponderação seria o mecanismo apto a solucionar colisões, há quem sustente que se vê em Alexy, além de uma matematização do discurso jurídico, um artificialismo, até porque do resultado da ponderação, primeiro, remanesce forte discricionariedade e, segundo, ao fim sempre é extraída uma regra, fato que caracterizaria uma atividade subsuntiva.

---

<sup>61</sup> Na terminologia de Habermas: “Dado que os direitos desempenham no discurso jurídico o papel de razões ponderáveis entre si, Alexy vê nisso a confirmação de sua concepção, segundo a qual se podem tratar princípios como valores”. In: HABERMAS Jürgen. **A Inclusão do Outro** - Estudos de Teoria Política. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 367.

<sup>62</sup> MORAIS, Fausto Santos de. **Entre princípios jurídicos e valores**: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica de Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

<sup>63</sup> Lenio Streck tece críticas à teoria da argumentação de Alexy e as que dela são derivadas. Eis a transcrição ilustrativa: “independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. E prossegue: “em Alexy, há direitos que, em abstrato, possuem peso maior que outros”, o que, segundo o autor, encobre o verdadeiro raciocínio que estrutura a compreensão. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232-233.

Feita esta breve exposição, passa-se a distinguir a teoria de Alexy – cujo traço marcante, tal como se expôs, é a ponderação de princípios pela proporcionalidade, da teoria de Dworkin (Integridade do Direito), advertindo, de plano, que não é incomum ver em obras jurídicas afirmações de que existiria relativa compatibilidade entre as teorias no que toca à aplicação dos princípios jurídicos. Talvez isto ocorra porque Alexy parte de ensaio de autoria de Dworkin para traçar seus arremates acerca das diferenças entre princípios e regras no direito. Todavia, extraem-se distinções proeminentes nas conclusões expostas pelos autores.

Por exemplo, Dworkin não afirma que regras e princípios são diferenciados por características morfológicas. Pelo contrário, o autor estadunidense salienta que princípios e regras apresentam distinção lógico-argumentativa. Nesse diapasão, só pelas razões trazidas pelos partícipes do debate é que seria viável compreender se a norma invocada assume a posição de princípio ou de regra.

Se o direito é prática interpretativa, conforme traduz Dworkin, todos os procedimentos metodológicos são fixados em razão das controvérsias que cada um de nós tem sobre o que é direito e até onde é legitimada a coerção estatal. Dworkin separa, ainda, as regras e os princípios das diretrizes políticas, sendo que estas últimas não são mencionadas por Alexy. Além do que, para Dworkin, o fio condutor do debate não reside sobre fundamentos ou procedimentos (matemáticos) construídos abstratamente de forma generalizada. Valem conferir, especificamente quanto à distinção entre princípios e diretrizes políticas, as palavras de Dworkin:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são

declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número)<sup>64</sup>.

E mais: para o autor, se faz inaceitável qualquer tipo de discricionariedade judicial. Permitir que o magistrado decida de modo inovador pode representar a chancela do arbítrio da coerção estatal. É com Dworkin que se apreende que os Tribunais, ao julgar um novo caso, devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia.

As rupturas devem ser devidamente fundamentadas, consoante a integridade do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou tribunal julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório. Eis as palavras do autor a respeito da integridade do direito:

começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza<sup>65</sup>.

Em decorrência da passagem acima, denota-se que um direito que seja trajado pela integridade propicia a indicação do(s) princípio(s) em face de vindouro(s) caso(s) concreto(s), os quais devem ser tratados como um evento único e irrepetível. Dworkin, ao contrário de Alexy, não visualiza uma colisão de princípios, mas uma concorrência entre estes em um determinado caso. Logo, em cada caso, observando-se os argumentos trazidos pelos participantes da relação processual, bem como atentos às discussões pretéritas sobre aqueles *direitos* envolvidos, será possível compreender que o conflito é apenas aparente.

A explicação, como citado, é feita através da metáfora do “romance em cadeia<sup>66</sup>” que serve, então, para que se possa compreender que cada juiz

---

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

assume o papel similar à de um romancista que escreve um capítulo para uma obra coletiva. Tem ele - o magistrado - que conhecer os “capítulos” anteriores subscritos pelos demais para se inteirar da narrativa e, aí sim, procurar construir uma história que não se dissocie e acima de tudo preserve a linha de raciocínio já estabelecida preteritamente. Não lhe é, destarte, autorizado ignorar o que passou tampouco transformar o “livro de autoria coletiva” em um “conto desconectado”. Ao revés, seu capítulo tem de ter uma ligação com o passado, propiciando uma abertura com o futuro, viabilizando a evolução da história e não apenas sua repetição<sup>67</sup>.

Esclarecendo e trazendo a pertinência da discussão para o presente artigo, no interior do método de Dworkin há fulgente inquietação com o resultado decisório. Uma decisão para este autor estará justificada não apenas quando reverencia a justiça e perfeita aplicação dos procedimentos, mas também quando respeita a coerência principiológica que compõem a integridade moral da comunidade.

Em outra terminologia: em Dworkin (o “método” de Hércules<sup>68</sup>) se tem preocupação com o resultado da decisão. Esta, para ser justificada, deve respeitar a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. E princípio não é um *a priori* contido em um texto ou enunciado de precedente. O argumento de princípio referido pelo autor em comento remete o intérprete à totalidade referencial destes instrumentos jurídicos. Não há, deste modo, como acreditar que se possa distinguir, de modo antecipado, um princípio jurídico de um princípio moral ou social<sup>69</sup>. Em suma: o direito como integridade objetiva reconstruir a história jurídica de uma comunidade.

As críticas dirigidas a Alexy se referem à insuficiência de critério seguro para afiançar o que faz um determinado texto ser considerado princípio e não regra. Além disso, afirma-se que para este autor, a ponderação – critério utilizado para solução de colisão de princípios – é um

---

<sup>67</sup> Em que pese as singularidades da operacionalidade do direito na *common law* e na *civil law*, vale conferir DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p 238.

<sup>68</sup> O juiz Hércules é uma figura metafórica criada por Dworkin. É ele - Hércules - responsável para dizer qual o princípio adequado, quando diante de um *hard case*.

Esse juiz terá um trabalho sobre-humano para atingir a resposta correta. Salienta Dworkin: “Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, poderia ser. Sabemos que os juízes reais decidem a maioria dos casos de maneira bem menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica”. In: DWORKIN Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 316.

<sup>69</sup> DWORKIN Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 305 e ss.

procedimento de cunho valorativo, o que pode vir a gerar discricionariedades incontrolláveis.

Ademais, o resultado da ponderação, do qual se extrai uma regra (a regra da ponderação), não é um problema para Alexy, já que a validade disto está condicionada ao procedimento. Isto indica que Alexy não se livrou do problema da aporia entre razão teórica e prática. Portanto, sem maiores delongas, o grande problema interpretativo do direito (a indeterminação e a discricionariedade da decisão judicial) não foi resolvido pelo autor, pois continua ele ofertando construções abstratas para problemas concretos, posicionando-se naquilo que Dworkin denomina de teorias semânticas.

Já Lenio Streck, autor que constitui uma das bases teóricas apontadas para realização deste trabalho, desenvolve sua teoria da decisão e sustenta o direito fundamental à resposta adequada à Constituição. Na teoria desenvolvida – contextualizada no constitucionalismo contemporâneo<sup>70</sup> - o autor sublinha que a obtenção de resposta adequadas à Constituição é direito fundamental, corporificado, dentre outros, no artigo 93, IX, da Carta da República, que prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Em apertada síntese, Lenio Streck oferta uma teoria da decisão a partir de um encadeamento entre Gadamer e Dworkin, implantada no contexto do constitucionalismo contemporâneo. O autor defende relevância paradigmática do conhecimento de *applicatio* que decorre de Gadamer (aqui já exposto anteriormente) e como com esta noção o direito se liberta da hermenêutica tradicional, cujo desejo era separar, em partes, o fenômeno interpretativo, acarretando, com isso, reflexos no ambiente da decisão judicial. Isto fica claro, por exemplo, quando afirma: “no campo do

---

<sup>70</sup> Para Streck há diferença entre os conceitos de *constitucionalismo contemporâneo* e *neoconstitucionalismo*: “é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com o direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós Auschwitz’ ou pós-bélico’ como que Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neoconstitucionalismo’ para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão<sup>71</sup>”.

É de Dworkin (de sua noção de integridade) que Lenio Streck extrai os subsídios pertinentes à construção de padrões mínimos (a história institucional do direito) que devem compor toda decisão. Em suas palavras:

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc.; ele deve decidir por princípios<sup>72</sup>.

Refuta, então, que, dentre as possibilidades de solução da contenda, a escolha da decisão jurídica seja feita através de uma escolha discricionária do julgador. Apregoa Streck também um redimensionamento do papel da doutrina, a qual deve atuar como “censora” das decisões tribunalísticas, constringendo a prática de arbitrariedades. Sobre este ponto:

A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de Direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes (do STJ) podem — como sustenta o Ministro Barros — “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei?<sup>73</sup>

Prosseguindo, Lenio Streck salienta que para ser obtida ou construída uma resposta adequada à Constituição, são de obediência obrigatória, no momento da afirmação da decisão, cinco princípios que constituem aquilo que batiza de *minimum applicandi*:

(i) Preservar a autonomia do direito, livrando-o dos “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da

---

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472.

<sup>72</sup> Idem, p. 485.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

política e da economia, assim como os “predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie<sup>74</sup>;

(ii) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, exatamente porque o fato de não se ter um método que chancela a correção da interpretação, não autoriza o intérprete a tomar decisões solipsistas;

(iii) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito: a fundamentação das decisões judiciais e o respeito à história institucional do direito são elevados à condição de direito fundamental;

(iv) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental de juízes e tribunais: continuar a afirmar, a partir disso, que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico constitucional produzido democraticamente, bem como que há forte responsabilidade política dos juízes e tribunais no ato de motivar (art. 93, IX, CF); o juiz deve pormenorizar as condições pelas quais compreendeu, pois apenas assim cada cidadão terá garantido o direito de aferir se sua causa foi julgada a partir da Constituição, bem como controlar se a resposta a ele conferida está ou não constitucionalmente adequada;

(v) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada: a finalidade desta última proposta é a preservação da força normativa da Constituição, bem como do caráter deontológico dos princípios<sup>75</sup>.

Por derradeiro, Streck lista seis hipóteses onde haveria possibilidade de não aplicação da lei:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

---

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

<sup>75</sup> Cf. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, n. 9.3, p. 449 *et seq.*

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre “texto e norma”);

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos<sup>76</sup>.

Portanto, para Streck, a fundamentação das decisões assume papel de grande relevo no Estado Democrático de Direito, não por ser simplesmente um dever do aplicador do direito, mas sim por se tratar de um direito fundamental de todo jurisdicionado<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 de nov. de 2013.

<sup>77</sup> A questão relativa à fundamentação, à proteção do texto legislativo e também ao casuísmo decisório, ainda que sob outro viés, qual seja o da Retórica Constitucional, foi bem visualizada também por João Maurício Adeodato na seguinte passagem: “Assim a questão passa a ser como proteger o legislativo e o texto, seu produto. Não se pode voltar a Bugnet ou Demolombe. Só que o constrangimento a fundamentar, componente essencial do Estado democrático e das funções do judiciário, não parece ser levado muito a sério, mormente nas últimas instâncias. (...)”.

A estratégia política do judiciário tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional. Pode ter relação com esse contexto o fato de o modelo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal ser semelhante ao europeu, também conservador: o tribunal constitucional é escolhido pelo executivo e chancelado pelo legislativo, o que traz um caráter notoriamente político à cúpula do judiciário, como se vê dos recentes desdobramentos no Brasil. E nem é apenas constitucional.

Tudo quanto foi exposto, notadamente no que se refere à adequada fundamentação, de tão relevante motiva a inserção no Projeto do Novo Código de Processo Civil (atualmente sob análise da Câmara dos Deputados - PL 8.046/10) de dispositivo que, com o devido respeito, diz o óbvio, até porque o óbvio, por vezes precisa ser dito: a fundamentação tem que ser exaustiva, coerente e adequada, demonstrando os porquês da aplicação ou não de precedentes e posições pretéritas. Com efeito, eis o que dispõe o artigo 499, § 1º, do Projeto do Novo Código de Processo Civil<sup>78</sup>, o qual, saliente-se mais uma vez, explicita aquilo que nos parece implícito<sup>79</sup>.

### 3 CONCLUSÕES

Diante do que fora escrito, pode-se afirmar que o entendimento da lei e sua interpretação são experiências, realizadas, segundo Gadamer, num mesmo momento: a *applicatio*. Assim, conquanto o ato interpretativo seja produtor de sentido (e não reproduzidor, simplesmente), o intérprete não o cria (ou não deve fazê-lo) ao seu ‘bel-prazer’, pois essa produção sofre os reflexos da linguagem e da historicidade, mesmo porque a interpretação moderna é pautada por uma fusão de horizontes.

Daí a relevância da hermenêutica filosófica, que não se sustenta o subjetivismo e que apregoa que o intérprete de suspender seus pré-juízos, para efeito de compreender adequadamente o texto normativo objeto de interpretação.

---

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuísmo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica. Esse jurisdição vem constituindo a parte mais significativa da retórica constitucional no Brasil. (In: ADEODATO, João Maurício, **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210-211).

<sup>78</sup> Eis o dispositivo: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

<sup>79</sup> TOVAR, Leonardo Zehuri. **Levando o planejamento tributário a sério** - não existe planejamento de prateleira: a impensável equiparação entre texto e norma, Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 119/2014, p. 259, Nov 2014.

Essa contribuição já é importante se for lembrado que a irracionalidade das decisões judiciais é um grave problema, mesmo porque não é viável sustentar que a interpretação é um ato de vontade, como fazem muitos, talvez por desconhecimento da teoria Kelseniana<sup>80</sup> e também porque, no cotidiano forense brasileiro, vê-se uma preocupação voltada ao atendimento de metas, algo que reserva a tão relevante instituição, pouco a pouco, o papel de cumprimento de estatísticas. Daí, mais uma vez, a relevância do tema escolhido para efeito de construir as condições para evitar que a jurisdição constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é.

É possível ainda dizer que equivocadamente a doutrina de Robert Alexy, por desconhecimento, pode gerar decisões incontroláveis, já que, como resumidamente se expôs, não uma aplicação de princípios, mas de regras, matematizando seu discurso e criando artificialismos no procedimento pelo autor proposto.

Relevante, por isso, a contribuição de Ronald Dworkin, autor que, critica e não aceita a discricionariedade judicial e para tanto afirma a necessidade de uma coerência de princípios componentes da integridade moral de uma comunidade, desenvolvendo aquilo que denominou de Direito como Integridade.

No contexto brasileiro detém grande destaque a doutrina de Lenio Luiz Streck, o qual, através da promoção de uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, tendo como parâmetro o constitucionalismo contemporâneo, sustenta a possibilidade de outorga de respostas constitucionalmente adequadas. Evidencia, para isso, o que chamou de *minimum applicandi*, quando da afirmação da decisão judicial e seis hipóteses pelas quais pode o julgador não aplicar uma lei, conferindo ainda

---

<sup>80</sup> Para Kelsen, vontade e conhecimento uniam-se para dar origem à interpretação. A interpretação do direito era, então, plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, todas de igual valor, limitada apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenhava, então, papel de uma moldura que, em presença da vontade do intérprete, daria origem a um quadro que representava justamente o direito a ser aplicado (*In: FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte, Da interpretação à Hermenêutica Jurídica - uma leitura de Gadamer e Dworkin*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2004, p. 77). Kelsen, complementa-se, salientava que se interpretação fosse considerada válida ela pode ser aplicada, porquanto o ato de escolher qual das múltiplas possibilidades interpretativas é discricionário, cabendo ao aplicador do direito (os intérpretes autênticos, quais sejam, os juízes) o direito de escolha. Logo, o direito seria única e exclusivamente um ato de criação dos magistrados (*In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana de interpretação autêntica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002).

especial relevo à necessidade de fundamentação das decisões, direito fundamental dos mais caros ao Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS**

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ADEODATO, João Maurício (org.) **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 252347 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/11/1999, Data de Publicação: DJ 10/12/1999 PP-00054.

CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de direito civil: parte geral. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1995.**

CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, vol. 2.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão fato e Questão de direito, o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra, 1967.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. **Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana de interpretação autêntica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 50.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in)constitucional: para análise crítica da ‘jurisprudência’ de valores**

à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate** – O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte, **Da interpretação à Hermenêutica Jurídica - uma leitura de Gadamer e Dworkin**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2004.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2008, vol. II.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

HABERMAS Jürgen. **A Inclusão do Outro** - Estudos de Teoria Política. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.

KAFMMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (1960). São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, prefácio.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MORAIS, Fausto Santos de. **Entre princípios jurídicos e valores**: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica de Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) . Acesso em: 05 de dez. de 2014.
- MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012.
- MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. III. 1.
- MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: RT, 2008, n. 1.
- SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.
- STEIN, Ernildo. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 de nov. de 2013.

- STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOVAR, Leonardo Zehuri. **Levando o planejamento tributário a sério** - não existe planejamento de prateleira: a impensável equiparação entre texto e norma, Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 119/2014, p. 259, Nov 2014.
- VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). **Derecho y Filosofía**. Alfa, Barcelona-Caracas: Alfa, 1985.
- WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia jurídica e ensino do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.