

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDIR

LUCAS RODRIGUES LIMA

**A INTERPRETAÇÃO-APLICAÇÃO DO DIREITO NA
CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA**

VITÓRIA
2020

LUCAS RODRIGUES LIMA

A INTERPRETAÇÃO-APLICAÇÃO DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Justiça, Meios de Defesa e de Impugnação de Decisões Judiciais”.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux

VITÓRIA

2020

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

L732i Lima, Lucas Rodrigues, 1992 -
A interpretação-aplicação do Direito na construção da resposta
correta / Lucas Rodrigues Lima. - 2020.
162 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jevaux.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Interpretação e Construção
(Direito). 3. Direito – Filosofia. I. Jevaux, Geovany Cardoso. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

LUCAS RODRIGUES LIMA

A INTERPRETAÇÃO-APLICAÇÃO DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Justiça, Meios de Defesa e de Impugnação de Decisões Judiciais”.

Aprovado em 24 de abril de 2020.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES
(Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Universidade Federal do Espírito Santo – UFES
(Membro interno)

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória – FDV
(Membro externo)

Para Lorena.

Agradeço ao Professor Geovany Cardoso Jevaux, exemplo de excelência e dedicação ao magistério, pelo privilégio que tive de poder acompanhá-lo durante o período de estágio em docência, realizado ao lado da também monitora Lígia Barroso Fabri, nas disciplinas de Teoria da Constituição (2018.1) e Teoria do Estado (2018.2). Agradeço-o, ainda, pela confiança em mim depositada, pela liberdade no desenvolvimento desta pesquisa e pela preciosa orientação.

Ao Professor José Pedro Luchi, pelas sugestões e comentários tecidos durante o exame de qualificação, que serviram de norte ao aprofundamento da pesquisa e, assim, aprimoramento do trabalho, bem como para me recordar de que esses foram apenas os meus primeiros passos num longo trajeto teórico a ser percorrido.

Ao Professor Ricardo Gueiros Bernardes Dias, pela manhã de conversa e pelas indagações que me foram suscitadas durante esse debate, estímulos à perseverança no estudo do tema.

Aos Professores Tárek Moyses Moussallem e Anderson Sant'Ana Pedra, por me doarem um pouco do seu tempo, ao integrarem a banca de qualificação e defesa, respectivamente, na qualidade de membros suplentes.

Ao Professor Adriano Sant'Ana Pedra, por muito gentilmente ter aceitado o convite para integrar a banca avaliadora no exame de defesa.

Por fim, à Universidade Federal do Espírito Santo, a quem devo muito de quem sou hoje: *docete omnes gentes*.

RESUMO

Com vista à problemática de sua concretização, o presente trabalho tem por objeto o instituto mais basilar, em absoluto, do Direito: a norma. Apesar disto, pôr em xeque os próprios pré-conceitos para, mais um a vez, voltar os olhos àquilo que já compreendemos, talvez não seja de todo despropositado, senão por outro, ao menos para que identifiquemos esse terraplanismo epistêmico que é o “senso comum teórico dos juristas”. Atualmente, os manuais jurídicos, em sua maioria, prelecionam que a norma é o sentido do texto da lei; outros tantos sustentam que a aplicação do Direito é feita pelo julgador por meio de um ato subsuntivo. Todavia, tais afirmações são proferidas, não raro, sem o devido esclarecimento quanto aos pressupostos teórico-filosóficos que lhes dão fundamento. Com isso, não é difícil encontrar a afirmação de que a norma é o sentido do texto desacompanhada de resposta à pergunta: afinal, de onde provem este sentido (= norma)? Além disto, os que dizem que a resolução do caso-problema se dá pela subsunção do fato à norma deixam de lado questões fundamentais para o fenômeno jurídico, tais como: declaramos sentidos? Estão os sentidos reificados nos dispositivos da lei? Ou é o sujeito-intérprete o seu detentor, podendo sujeitá-los, sobretudo nos casos de “anemia semântica” das regras positivas? O que fazemos, no Direito, da linguagem? A reduzimos à condição de terceira coisa posta entre sujeito e o objeto (S – O)? Ou sabemos que, de condição, ela é a de possibilidade? Esse vão teórico criado pelas mais diversas teorias do Direito e da decisão judicial que, de regra, trabalham com um conceito semântico de norma, é, invariavelmente, preenchido por algo alheio ao Direito: a vontade do sujeito, mal que é traduzido no âmbito jurídico na aposta na discricionariedade. A forma acrítica que isto tem sido feito, impede a realização de que a discricionariedade subjuga a autonomia do Direito, além de comprometer a força normativa da Constituição. Objetivando fazer frente a esse problema, pautando-se na hermenêutica de cariz filosófica (Heidegger-Gadamer) e na teoria do Direito como integridade e coerência (Dworkin), a presente pesquisa defende que há, sim, respostas corretas em Direito, que independem de um ato de vontade para serem construídas, ainda que inexista um método à disposição do julgador para tal fim. Em síntese, eis, pois, um franco combate à discricionariedade.

Palavras-chaves: Norma jurídica. Concretização. Decisão judicial. Linguagem. Hermenêutica de cariz filosófica. Decisão correta. Combate à discricionariedade.

ABSTRACT

With a view on the problem of its concrete implementation, the present essay has as its object the most fundamental institute, in absolute, of the Law: the norm. In spite of this, call into question our on preconceptions, to once again, turn our eyes to what we already understand, may not be entirely unreasonable, if not for anything else, at least so that we can identify this flat-earthly epistemology that is the “theoretical common-sense framework of jurists”. Currently, most legal manuals teach that the norm is the meaning of the legal text; many others claim that the application of the Law is made by the judge through a subsumption act. However, such statements are often made without due clarification of the theoretical-philosophical foundation that support them. With that, it is not difficult to find such statements unaccompanied by the explanation to the question: after all, where does this meaning (= norm) come from? Furthermore, those who say that the resolution of a legal case occurs by the subsumption of the fact to the norm, leave aside fundamental questions for the legal phenomenon, such as: do we declare pre-existing meanings? Are the meanings reified in the legal rules? Or is the subject-interpreter that holds them, and is free to subject them, especially in cases of “semantic anemia” of the rules? What do we do, in the field of the Law, with language? Do we reduce it to the condition of an instrument placed between the subject and the object (S - O)? Or do we know that, as a condition, it is that of possibility? This theoretical gap created by the most varied theories of Law and legal-decision-making, that often works with a semantic concept of norm, is invariably filled by something outside the Law itself: the subject's will, evil that is translated in the legal sphere on the betting on judicial discretion. The uncritical way that this bet has been made, prevents the realization that it subjugates the autonomy of the Law, besides compromising the normative force of the Constitution. In order to face this problem, this research, based on philosophical hermeneutics (Heidegger-Gadamer) and the theory of Law as integrity and coherence (Dworkin), argues that there really are correct answers in Law, which are not dependent on an act of will to be built, even though there is no method available to the judge for that purpose. In summary, here it is an open opposition against judicial discretion.

Key words: Legal norm. Concrete implementation of the norm. Judicial decision. Language. Philosophical hermeneutics. Correct answer. An opposition to judicial discretion.

GLOSSÁRIO

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CPC – Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

CTB – Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997).

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 07 de setembro de 1942).

PPGDIR – Programa de Pós-Graduação em Direito – UFES.

UFES – Universidade Federal do Espírito Santo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1.1 “QUE HÁ EM UM NOME?”.....	12
1.2 ATRIBUINDO SENTIDOS ATRIBUÍDOS ÀS COISAS: A HISTÓRIA INSTITUCIONAL DO DIREITO E O COMBATE À DISCRICIONARIEDADE.....	14
1.3 A ESTRUTURA DO TRABALHO	15
2 O QUE É ISTO – A HERMENÊUTICA?	16
2.1 O CONCEITO DE HERMENÊUTICA E A PROBLEMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO... ..	16
2.2 O PROJETO DE UMA HERMENÊUTICA GERAL (SCHLEIERMACHER).....	18
2.2.1 DE COMO SE DÁ A COMPREENSÃO: O CÍRCULO HERMENÊUTICO.....	20
2.2.2 A INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL (OU OBJETIVA) E A INTERPRETAÇÃO PSICOLÓGICA (OU SUBJETIVA, OU TÉCNICA).....	21
2.2.3 MÉTODOS COMPARATIVO E DIVINATÓRIO.....	23
2.3 A FILOSOFIA HERMENÊUTICA (HEIDEGGER).....	26
2.3.1 O CÍRCULO HERMENÊUTICO: DE COMO COMPREENDEMOS PARA INTERPRETAR.....	34
2.4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (GADAMER).....	37
2.4.1 PRÉ-COMPREENSÃO, CÍRCULO HERMENÊUTICO E FUSÃO DE HORIZONTES: DE COMO A INTERPRETAÇÃO, COMPREENSÃO E A APLICAÇÃO NÃO SÃO MOMENTOS CINDÍVEIS	42
2.5 A HERMENÊUTICA JURÍDICA	48
2.5.1 A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA	57
2.5.1.1 PROGRAMA DA NORMA (<i>NORMPROGRAMM</i>).....	57
2.5.1.2 ÂMBITO NORMATIVO (<i>NORMBEREICH</i>)	58
2.6 DE COMO FUNDAMENTAR PRECEDE O DECIDIR: O FUNDAMENTO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA DECISÃO.....	64

3 POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: HERMENÊUTICA, RESPOSTA CORRETA (OU ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO) E O COMBATE À DISCRICIONARIEDADE JURÍDICO-DECISÓRIA.....	67
3.1 A PROBLEMÁTICA DA (IN)DETERMINAÇÃO DO DIREITO E A APOSTA NA DISCRICIONARIEDADE: A ORIGEM DO PROBLEMA	68
3.2 DE COMO O DIREITO NÃO ESTÁ LIMITADO AOS CÓDIGOS: O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO	72
3.3 SOBRE O QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE PRINCÍPIOS	77
3.3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO	78
3.3.2 PRINCÍPIOS JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICOS.....	79
3.3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	81
3.4 SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS: É POSSÍVEL UMA JUSTAPOSIÇÃO ENTRE AS TEORIAS DE DWORKIN E ALEXY?.....	83
3.4.1 O CONCEITO DE NORMA SEGUNDO ROBERT ALEXY: AS ESPÉCIES NORMATIVAS E O MODO DE RESOLUÇÃO DE EMBATES (CONFLITOS E COLISÕES).....	85
3.4.2 O CONCEITO DE NORMA SEGUNDO RONALD DWORKIN: A NORMA JURÍDICA COMO CONCEITO INTERPRETATIVO.....	93
3.5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E COERÊNCIA.....	100
3.6 A RESPOSTA CORRETA (OU ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO) E A NEGAÇÃO À DISCRICIONARIEDADE JURÍDICO-DECISÓRIA	105
3.6.1 É POSSÍVEL CINDIR CASOS FÁCEIS (<i>EASY CASES</i>) E CASOS DIFÍCEIS (<i>HARD CASES</i>)?	107
3.6.2 A CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA: NOS PASSOS DE HÉRCULES ...	117
3.6.3 A CRÍTICA DE HABERMAS AO MÉTODO (= MODELO) DO JUIZ HÉRCULES.....	133
MAS, AFINAL, POR QUE TEMER A DISCRICIONARIEDADE? À GUIA DE CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS	148

INTRODUÇÃO

1.1 “QUE HÁ EM UM NOME?”

Seguindo a crença na relação mantida entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, base para a metafísica clássica e moderna, duas possibilidades concernentes aos sentidos exsurtem: de um lado, a de que eles estariam depositados nas próprias coisas (essência), mediante um objetivismo; de outro, a consciência de si do pensamento pensante seria a detentora dos sentidos, mediante a passagem da substância à subjetividade. Em ambos os cenários, à linguagem seria reservada o papel de terceira coisa ou instrumento posto entre o eles, com a funcionalidade de interligá-los, a fim de superar a distância que os separam.

A partir da virada ontológico-linguística levada a cabo pela hermenêutica de cariz filosófica, foi revelada a inexistência da relação sujeito-objeto. Em seu lugar há, na verdade, a intersubjetividade própria da relação sujeito-sujeito, pela qual a linguagem deixa o posto secundário que assumia na tradição metafísica para alçar o primeiro plano, enquanto condição de possibilidade, pois “o ser que pode ser compreendido é linguagem”,¹ razão pela qual os sentidos se dão nela e por ela.²

Desta feita, tem-se que as coisas não são dotadas de uma essência, de onde adviriam os seus reais sentidos, as quais subordinariam a correção dos nomes que lhes forem atribuídos, tampouco é o intérprete o senhor dos sentidos, detentor do poder de, ao seu bem prazer, assujeitá-los, dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Como hoje se sabe, os sentidos são historicamente atribuídos de forma intersubjetiva a partir de uma determinada tradição. Ao seu turno, interpretar não é uma atividade passiva de mera reprodução (*Auslegung*), isto é, como se os sentidos estivessem depositados nos próprios objetivos ou proviessem de uma realidade paralela imaterial perfeita (mundo das ideias), mas trata-se de uma atividade atributiva (*Sinngebung*), que deve se conformar aos sentidos que foram emprestados às coisas ao longo do tempo.

Numa espécie de diário composto por trechos desconexos de estrutura próxima à prosa poética, o ajudante de guarda-livros Bernardo Soares, semi-heterônimo do poeta português Fernando Pessoa, descreve bem este traço da condição humana, consistente em estarmos, desde sempre e sem querer, inseridos em meio a uma tradição, a partir da qual

¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007, p. 612.

² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2017, p. 133.

ganhamos familiaridade com a totalidade significativa das coisas que nos circundam, conforme os sentidos que lhes foram historicamente emprestados, razão pela qual apreendemos as coisas que nos cercam atribuindo sentidos atribuídos a elas, ao passo que compreendemos *algo como algo*³. Diz ele:

Quem me dera, neste momento o sinto, ser alguém que pudesse ver isto como se não tivesse com ele mais relação do que o vê-lo – contemplar tudo como se fora o viajante adulto chegado hoje à superfície da vida! Não ter aprendido, da nascença em diante, a dar sentidos dados a estas coisas todas, poder vê-las na expressão que têm separadas da expressão que lhes foi imposta. Poder conhecer na varina a sua realidade humana independente de se chamar varina, e de saber que existe e que vende [...] Avanço lentamente, morto, e a minha visão já não é mais minha, já não é nada: é só a do animal humano que herdou sem querer a cultura grega, a ordem romana, a moral cristã e todas as mais ilusões que formaram a civilização em que sinto [...].⁴

Desde sempre inseridos em meio a uma tradição, a capacidade humana interpretativa é por ela moldada, consciente ou inconscientemente. É ela que determina a amplitude de nosso âmbito de visão, a depender da estreiteza ou largueza do horizonte histórico que nos encerra, e das possibilidades postas pelo espectro de nossos juízos prévios (pré-juízos).

É por meio destes pré-juízos – sobre os quais está fundada a nossa pré-compreensão – que projetamos sentidos. Por isso, se certificar quanto à autenticidade dos próprios pré-juízos é elementar para a correta compreensão das coisas, sob pena desta ser impedida pela “arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis”.⁵

A realização da insubsistência da relação sujeito-objeto possui enorme impacto sobre o Direito, posto que, considerando que os significados das coisas (no âmbito do fenômeno jurídico: textos) são histórica e intersubjetivamente atribuídos, tem-se que é a tradição a responsável por estabelecer a conformação, ou não, dos sentidos atribuídos pelo intérprete, e não a própria coisa (*voluntas legis*) ou a vontade do sujeito-intérprete, ainda que este busque mascarar tal agir evocando uma vontade dita por superior (*voluntas legislatoris*).

³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP: Unicamp; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 423.

⁴ PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2011 [trecho n. 458], p. 406-407.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355.

Como em famosa passagem escrita por Shakespeare, tivesse a rosa outro nome, ela exalaria o mesmo perfume doce,⁶ não havendo, portanto, que se falar na correlação de seu nome a uma essência que lhe seja própria. Por outro lado, chamá-la hoje de outra forma, indo de encontro ao sentido que lhe foi historicamente atribuído – mediante a criação de uma linguagem particular⁷ à margem da linguagem pública que lhe conferiu tal designação –, seria projetar um sentido que não se confirmaria na “coisa ela mesma”, acarretaria mal-entendidos e obstaria a adequada compreensão.

1.2 ATRIBUINDO SENTIDOS ATRIBUÍDOS ÀS COISAS: A HISTÓRIA INSTITUCIONAL DO DIREITO E O COMBATE À DISCRICIONARIEDADE

Não é novidade alguma de que o Direito não se encerra nos códigos, haja vista que a realidade não comporta regulamentação exaustiva por regras positivas.

O que fazer, então, quando um determinado caso concreto não estiver regulamentado previamente por uma regra detentora de sentidos claros e unívocos? Eis, pois, a questão que divide propostas teóricas díspares: de um lado, tem-se a crença no método, na multiplicidade de respostas e na aposta na discricionariedade para a solução do caso em julgamento; de outro, a defesa da ausência de um método, somado ao combate à discricionariedade, bem como a crença na existência de respostas corretas em Direito, apreendidas como direito fundamental dos cidadãos e dever do Estado-juiz.

Por meio da aproximação da hermenêutica filosófica e da teoria do Direito como integridade e coerência (Gadamer-Dworkin), que, de há muito, vem sendo trabalhado no Brasil por Lenio Streck em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, o presente trabalho encontra-se estruturado na segunda proposta.

Com base nela, o estudo aqui desenvolvido encontra-se estruturado nas ideias centrais de que (pré)compreensão é um existencial que antecipa qualquer epistemologia, motivo pelo qual o método chega sempre tarde, bem como de que há uma constelação de

⁶ No ato II, cena II da peça *Romeu e Julieta*, Shakespeare diz na voz desta: “Que há em um nome? O que chamamos de rosa, se tivesse outro nome, exalaria o mesmo perfume tão agradável [...]” (SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. Tradução: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros, Oscar Mendes. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 60). Porque impossível nos desvencilharmos dos efeitos que a história sobre nós opera, é que a prece de Julieta para que Romeu “fosse outro nome”, em nada contribuiria para a aceitação pública do romance mantido secretamente pelo jovem casal, uma vez que não eram os nomes *Montecchio* e *Capuleto* em si, como que suas “essências”, os inimigos que impediam a sua união, mas a longa história de beligerância que marcava a relação mantida entre ambas as famílias. Assim, mesmo que o pedido fosse atendido, a renegação de Romeu ao seu próprio nome, muito provavelmente não apaziguaria a tradição de desavenças entre as casas, senão a acentuasse ainda mais.

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 123-142.

standards normativos para além das regras jurídicas, que formam um todo íntegro e coerente que conduzem o ato jurídico-decisório em direção à resposta correta, sempre a partir das especificidades da facticidade própria ao caso em julgamento e segundo a Constituição, compreendida enquanto evento.

Por isso, a insuficiência semântica das regras não serve de álibi para a atuação discricionária do julgador, não sendo ele, logo autorizado à atribuir sentidos pautando-se numa vontade subjetivista, já que lhe cabe reconstruir a história institucional do Direito, que o indicará o caminho a ser seguido na construção da mais adequada solução ao caso-problema trazido à sua apreciação.⁸

1.3 A ESTRUTURA DO TRABALHO

Dividido em duas partes, o presente estudo visa contribuir – ainda que sem pretensão de definitividade – para o estudo de uma teoria da decisão judicial que se posicione em franco combate à discricionariedade jurídico-decisória.

Para tanto, abordaremos no primeiro momento os elementos fundamentais da hermenêutica de cariz filosófica (Heidegger-Gadamer), no intento de analisar a forma em que se dá o ato compreensivo-interpretativo, em superação à crença no subjetivismo, bem como no objetivismo.

A influência destes aportes teóricos será enfrentada através da exploração de conceitos fundamentais como o da diferença ontológica (em que o *ser* se desvela em seu *ente*, vez que a pergunta é dirigida ao *ente* na expectativa de compreendê-lo em seu *ser*), do círculo hermenêutico (pelo qual, para interpretar é necessário antes compreender, porém, só compreendemos porque somos dotados de uma pré-compreensão que antecipa sentidos a partir de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia),⁹ e ainda da unidade da *applicatio* (compreender-interpretar-aplicar), para que no momento seguinte, ao longo da segunda parte desse estudo, possamos explorar os reflexos daí provenientes sobre o fenômeno jurídico, no qual defenderemos a existência de respostas corretas em Direito (Dworkin).

Com este intento, revisitaremos também conceitos basilares do Direito, tais como o conceito de norma, princípios e regras, bem como a relação mantida entre eles, objetivando uma construção teórica adequada e coesa, em vista da imprescindível manutenção da autonomia do Direito e da força normativa da Constituição. Ao trabalho!

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 59.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 427.

2 O QUE É ISTO – A HERMENÊUTICA?

2.1 O CONCEITO DE HERMENÊUTICA E A PROBLEMÁTICA DA INTERPRETAÇÃO

A palavra hermenêutica tem origem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido como “interpretar”, e no substantivo *hermeneia*, “interpretação”,¹⁰ e refere-se tradicionalmente à teoria, filosofia ou arte da interpretação e compreensão correta de textos,¹¹ com escopo de tornar acessível aquilo que outrora era obscuro e duvidoso (não compreensível).¹²

Esta é a razão da ligação comumente estabelecida entre a expressão e o deus grego Hermes, filho de Zeus com a ninfa Maia, que possuía dentre outras incumbências, a de ser o mensageiro divino, encarregado de transmitir as mensagens dos deuses aos homens.¹³

A alegoria mitológica grega do deus-mensageiro revela que nunca se soube o que os deuses, distantes no Monte Olimpo, disseram; só foi possível conhecer aquilo que Hermes disse acerca do que os deuses disseram.¹⁴ Já do mito se apresenta a complexidade do problema hermenêutico, que trata de “traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes um determinado sentido”.¹⁵

Ao versar sobre hermenêutica – cuja penetração no domínio das ciências humanas ou do espírito (*Geisteswissenschaften*) e da filosofia se deu de forma gradativa –¹⁶ nos situamos na tradição científica da modernidade, justamente a partir dos conceitos modernos de método e ciência.

¹⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 23.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 261; BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 13.

¹² Para maior aprofundamento quanto à origem e evolução histórico-constitutiva da hermenêutica, conferir: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 241-352; do mesmo autor: *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2002, p. 111-142; também: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 259-276, e também: BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, 1980, p. 23-43.

¹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, 2002, p. 111; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a Intervenção do *Amicus Curiae*, um Terceiro Especial. In: *Revista de Processo*, Rio de Janeiro. [p. 9-41] v. 117, 2007, p. 9.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 427.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 89.

¹⁶ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, 2008. In: *Revista de informação legislativa*. v. 45. n. 177 [p. 265-283]. jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160157>> Publicado em: Jan. 2018. Acesso em: 04 fev. 2018, p. 266.

Desde então, surge a especialização do estudo hermenêutico em diferentes setores: teológico (sacra), filológico (profana) e jurídico (*juris*),¹⁷ também denominadas de hermenêuticas regionais¹⁸ ou especiais.¹⁹

Analisando a hermenêutica tradicional ainda dividida em regiões – disciplinas auxiliares assistemáticas que se encontravam à margem das ciências puras –,²⁰ é possível identificar a existência, para além de um caráter descritivo-cognitivo, enquanto metodologia ou conjunto de técnicas (cânones)²¹ que objetivavam facilitar o processo de interpretação e compreensão correta de textos; também uma função prescritiva-normativa, existente através de uma perspectiva prática, pela qual as regras e os métodos estabelecidos serviriam à conformar o processo de interpretação e compreensão, no intento de minimizar a possibilidade de ocorrência de erros e mal-entendidos, capazes de surgirem quando da leitura de textos.²²

A hermenêutica servia, assim, não à tarefa de ordenar “um conjunto de conhecimentos teóricos acerca do problema *interpretativo-compreensivo*, mas na trilha do iluminismo-racionalista, [...] produzir critérios para afirmação de *certeza e objetividade* no processo de interpretação e compreensão”.²³

O conceito pleno de hermenêutica só foi possível com a união, ou desregionalização,²⁴ dos três tipos básicos (teológica, filológica e jurídica).²⁵ Por sua vez, o problema hermenêutico apenas recebeu significado sistemático a partir do reconhecimento, pelo romantismo, da unidade interna entre *intelligere* e *explicare*, o que até então era cindido da seguinte forma: *subtilitas intelligendi*, compreensão; *subtilitas explicandi*, a interpretação,

¹⁷ Ao versar sobre a distinção então existente entre cada tipo básico de hermenêutica, Gadamer (*Verdade e Método II*, 2002, p. 113) promove uma distinção entre a *hermenêutica jurídica* e a *hermenêutica teológica-filológica*, apesar dos distintos objetos que possuem as duas últimas: textos religiosos e os clássicos literários, respectivamente. Tal referência conjunta (teológico-filológica) se dá em razão origem comum que Gadamer identifica existirem entre elas. Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 241.

¹⁸ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Tradução: Hilton Japiassu. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 18.

¹⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*. v. 1. Tradução: Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 91.

²⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 118.

²¹ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, 1980, p.14.

²² É válido apontar, desde já, que sobre esta ótica, a interpretação – compreendida como forma de eliminar aquilo que à primeira vista é “estranho” (incompreensível) – aparece como algo esporádico, utilizada tão “somente quando o texto transmitido apresentava algum aspecto obscuro. Todavia, tal visão não mais se sustenta, considerando que a interpretação se tornou um *conceito universal* que pretende englobar a tradição como um todo” (GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19) [itálicos no original].

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 262 [itálicos no original].

²⁴ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*, 1990, p. 18.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 407.

e mais tarde acrescido como o terceiro componente, a *subtilitas applicandi*, a aplicação.²⁶ Ou seja, primeiro compreendo, depois interpreto para somente depois aplicar.

O movimento de unificação (desregionalização) foi seguido por um posterior movimento de radicalização, pelo qual a hermenêutica se tornou, não apenas geral, mas fundamental.²⁷

2.2 O PROJETO DE UMA HERMENÊUTICA GERAL (SCHLEIERMACHER)

A velha tradição hermenêutica era completamente desprovida de uma sistematização capaz de rendê-la um todo ordenado, correspondendo apenas a um mero agrupamento de regras, máximas e cânones interpretativos, oriundos mais em razão de sua realização prática do que propriamente de princípios, além de ter suas regras determinadas e organizadas mais com vistas a objetos específicos (textos sacros, profanos e jurídicos) do que propriamente pelo conceito de compreensão.²⁸

Apenas com o trabalho desenvolvido pelo teólogo alemão Friedrich Schleiermacher (1768-1834), foi possível superar o caráter fragmentário e assistemático da hermenêutica tradicional, que ganhou, assim, *status* de uma teoria universal da compreensão e interpretação, vencendo todos os momentos dogmáticos e ocasionais que lhes eram, até então, característicos.²⁹

Tamanha a importância da obra de Schleiermacher para o estudo do processo compreensivo, que a ele foi conferido o título de pai da moderna hermenêutica enquanto disciplina geral.³⁰

Com a unidade processual interpretativa, passou a hermenêutica a inadmitir o uso de metodologias específicas para um determinado objeto supostamente privilegiado, a exemplo da Bíblia.³¹ Em sua empresa pela construção de uma hermenêutica geral,

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 406.

²⁷ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*, 1990, p. 18.

²⁸ BRAIDA, Celso R. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 14-15.

²⁹ Nas palavras do teólogo alemão: “[...] quero reivindicar para ela [a hermenêutica] este domínio em sua totalidade e dizer que, em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria [...]” (SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 31). Conferir também: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, 2002, p. 118.

³⁰ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 66.

³¹ “À medida que Schleiermacher considerou a Bíblia como simples texto de natureza histórico-literária, ele estabeleceu um método que serviria para a interpretação não apenas da Escritura, mas também para a elucidação do sentido de todo os textos que possuíssem essa natureza” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiomática da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 35); BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, 1980, p. 28.

Schleiermacher abstraiu dela toda especificação de conteúdo, voltando-se para a interpretação de qualquer texto ou discurso, sem pretender diferenciar o modo como as ideias seriam transmitidas,³² isto é, se por escrito ou oralmente; se numa língua estrangeira ou na língua materna e contemporânea do intérprete.³³ Em outras palavras, a hermenêutica deixava, com isso, de se dirigir a objetos e matérias específicas, para se dedicar ao estudo sobre como se dá toda e qualquer interpretação.³⁴

Quanto ao ponto, Gadamer afirma que a unidade perseguida por Schleiermacher não repousava no conteúdo da tradição à qual a interpretação é aplicada, mas na unidade de um procedimento interpretativo, cujo esforço surge toda vez que a compreensão imediata não ocorresse. Logo, a interpretação se daria unicamente de forma ocasional, ou seja, tão somente quando a compreensão imediata não fosse, por qualquer razão, possível.

Desta maneira, a possibilidade de ocorrência de mal-entendido interpretativo deixou o habitual posto de algo esporádico,³⁵ que assumia durante a vigência de diferentes hermenêuticas especiais, para alcançar a posição de universalidade,³⁶ enquanto algo que pode ocorrer em qualquer situação e a qualquer momento, e do qual partirá todo o esforço interpretativo.³⁷

Com a realocação da tradição conteudística para um segundo plano, no cenário da busca pelos princípios universais de toda e qualquer compreensão, ao contrário do que ocorria quando da regionalização hermenêutica, Schleiermacher possibilitará que a linguagem seja pela primeira vez trazida a um plano de destaque nos estudos hermenêuticos.³⁸

Tendo em vista que o mal-entendido – capaz de se autoproduzir, enquanto a compreensão deveria ser desejada e buscada – deixa de ser enxergado como algo excepcional, para ser reconhecido como algo que pode ocorrer a qualquer momento e em qualquer discurso, tendo o condão de dificultar, senão impedir, a compreensão, os estudos hermenêuticos passaram a se preocupar com a criação de princípios que visavam evitar a ocorrência de tal problema.

³² COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 66.

³³ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 33; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 247

³⁴ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 67.

³⁵ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 48.

³⁶ SILVA, Kelly Susane Afllen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 55.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 247.

³⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 67.

Por esse modo, Schleiermacher elevará a hermenêutica, agora sistematicamente organizada e coesa, pela primeira vez à autonomia de um método científico,³⁹ responsável por descrever as condições da compreensão em qualquer diálogo.⁴⁰

2.1.1 DE COMO SE DÁ A COMPREENSÃO: O CÍRCULO HERMENÊUTICO

A ideia de círculo hermenêutico não é recente, tampouco criação moderna,⁴¹ tanto que “[a] retórica antiga já sabia disso; ela comparava o discurso perfeito com um corpo orgânico e com a relação entre a cabeça e os membros”.⁴² Também nos precursores de Schleiermacher já se fazia presente a ideia do cânone da totalidade (*holism*), com a utilidade do círculo hermenêutico que lhe está associada.⁴³

Por outro lado, o princípio hermenêutico⁴⁴ (círculo hermenêutico) que aponta a relação de interdependência entre o todo e a parte, e a parte com o todo, é retomado por Schleiermacher de forma extremamente significativa.⁴⁵

De há muito conhecido, o círculo hermenêutico corresponde à relação dialética⁴⁶ mantida entre o todo e a parte e vice-versa, responsável por constituir e possibilitar a compreensão. Mais especificamente, trata-se da ideia segundo a qual, em um texto, por exemplo, determinada frase só pode ser compreendida por intermédio da conexão necessária entre cada uma das palavras que a compõem, que por sua vez, isoladamente consideradas não podem ser compreendidas, mas dependem de sua inserção numa oração sintaticamente bem construída para tanto.⁴⁷

De forma mais clara e completa, podemos dizer que uma palavra só possui sentido específico se dentro de uma oração, que por sua vez só possui um sentido determinado se

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 255.

⁴⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*, 2006, p. 50; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 69.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 25.

⁴² GADAMER acentua que “Lutero e seus seguidores transferiram essa imagem oriunda da retórica clássica para o procedimento da compreensão [da Bíblia], e desenvolveram um princípio geral de interpretação de texto segundo o qual todos os aspectos individuais de um texto devem ser compreendidos a partir do *contextus*, do conjunto, e a partir do sentido unitário para o qual o todo está orientado, *scopus*” (*Verdade e método I*, 2007, p. 243).

⁴³ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*, 1980, p. 27.

⁴⁴ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 47.

⁴⁵ BETTI, Emílio. *General theory of interpretation*. v. 2 [chapter two and three]. Translated by: Georgio A. Pinton. New York: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015, p. 98

⁴⁶ “Com o termo dialética [...] entende Schleiermacher uma teoria do fazer-se entender. [...] A hermenêutica repousa sobre um solo dialógico: interpretar um texto significa entregar-se a um colóquio com ele, dirigir-lhe perguntas e deixar-se questionar por ele. [...] Cada palavra escrita é, em si, uma proposta de diálogo, que um texto quer promover com um outro espírito”. (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*, 1999, p. 132-133).

⁴⁷ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 80.

estiver inserida num contexto mais amplo. Assim, o todo, que em um texto é composto de várias partes (orações, palavras, letras etc.), só pode ser compreendido em razão da união destas (cânone da totalidade). Mude uma oração ou o contexto em que é empregada, e as palavras terão outro sentido; mude as palavras (partes) e o sentido da oração (todo) também mudará.

Desta maneira, tem-se que a compreensão ocorrerá através do movimento do intérprete nesse círculo, num constante retorno do todo às partes e delas ao todo. Cada volta percorrida no círculo propiciará maior clareza sobre as partes, tornando-as cada vez menos estranhas,⁴⁸ o que propiciará uma cada vez melhor compreensão acerca do todo.

Isto implica dizer, também, que o círculo está em constante expansão, tendo em vista que o conceito do todo é invariavelmente relativo, já que a sua inserção em contextos cada vez mais amplos afetará necessariamente a compreensão de suas partes, o que revela o caráter provisório e infinito da compreensão.⁴⁹

A infinidade da compreensão frente à finitude humana fica ainda mais evidente, quando empregada no exemplo acima descrito: em um texto, uma palavra só terá determinado sentido se dentro de uma oração, que só terá sentido específico se contextualizada dentro de um parágrafo, e esse dentro de um capítulo, que, por sua vez, se encontrará inserido em uma obra, a obra em um determinado gênero literário, esse no período histórico em que foi escrito, e assim sucessivamente.

2.2.2 A INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL (OU OBJETIVA) E A INTERPRETAÇÃO PSICOLÓGICA (OU SUBJETIVA, OU TÉCNICA)

De acordo com o pensamento de Schleiermacher, o cânone da totalidade deve ser apreendido por meio de seus dois aspectos constitutivos, a saber: interpretação gramatical ou objetiva, que considera a linguagem por meio da totalidade de seu uso linguístico⁵⁰ enquanto algo previamente dado, cujas regras e normas são de antemão estabelecidas e servem como *medium* por meio do qual ocorre a compreensão; e por outro, a interpretação psicológica, subjetiva ou técnica – contribuição mais genuína de Schleiermacher ao princípio hermenêutico –,⁵¹ que se destina a desvelar o processo de criação de um discurso (texto,

⁴⁸ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 83.

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 261-262.

⁵⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*, 1999, p. 126.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 256; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 84.

passagem, obra etc.), por meio do retroceder (reconhecimento) pelo intérprete dos caminhos percorridos pelo autor quando da elaboração de seu discurso, ou seja, a sua gênese.⁵² Para tanto, cada singular manifestação da vida e da personalidade do autor seria uma conexão que compõe o todo individual de seu discurso a ser compreendido.⁵³

Para esse pensamento, essas duas facetas compõem juntas, em afinidade recíproca, o procedimento interpretativo do círculo hermenêutico. Assim, segundo Schleiermacher, não basta apenas o aspecto gramatical, ou seja, as normas e as regras que integram determinada língua para compreender um discurso, sendo igualmente indispensável conhecer a individualidade do autor (aspecto psicológico), através do qual seria possível compreender o sentido que *este pretendeu atribuir* àquilo que ora se quer compreender.

Por exemplo, caso se pretenda compreender o que a palavra “honra” significa para Shakespeare, seria certamente útil analisar não apenas a oração, parágrafo, capítulo ou a integridade da obra na qual a palavra está inserida, mas também todo o trabalho do dramaturgo inglês, já que “todo texto pertence, em primeiro lugar, ao conjunto das obras do autor”.⁵⁴ Igualmente útil seria analisar não apenas o seu próprio trabalho, mas também aquele de outros autores a ele contemporâneo, considerando que todo texto pertence ao “gênero literário de onde provém”;⁵⁵ como ainda conhecer a situação histórica⁵⁶ em que Shakespeare viveu, e assim por diante.

Isso se dá porque, para Schleiermacher, o acervo linguístico e a história da época do autor compõem o todo por meio do qual seus escritos precisam ser compreendidos. Assim, no exemplo dado, a palavra “honra” (parte) deve ser apreendida de acordo com o *todo* (acervo linguístico somado à história do autor), e este novamente segundo aquela.⁵⁷

Depois de se ter ampliado o espectro do todo, estudando mais a fundo a vida e obra de Shakespeare, o intérprete seria capaz de compreender melhor a parte, ou seja, o significado da palavra “honra” para o dramaturgo. É justamente esta ênfase dada à perquirição do sentido atribuído pelo autor do texto quando de sua elaboração, que renderá à teoria de Schleiermacher a denominação de hermenêutica psicológica.⁵⁸

Gadamer pontua que, para Schleiermacher, o verdadeiro ato do compreender não se dá apenas pela superação da distância temporal existente entre o texto e o seu intérprete,

⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I* 2007, p. 256-258.

⁵³ BETTI, Emílio. *General theory of interpretation*, 2015, p. 100.

⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 58.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 58.

⁵⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 36.

⁵⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica e crítica*, 2005, p. 116.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 25.

tarefa que o teólogo alemão denomina de *equiparação com o leitor original*, mas ocorreria quando o intérprete pudesse ser equiparado *ao próprio autor do texto*.⁵⁹ Esta é a razão pela qual, para Schleiermacher, a hermenêutica seria a “arte de descobrir os pensamentos de um autor”.⁶⁰

Ainda segundo Schleiermacher, para alcançar a perfeita compreensão, o intérprete deveria, também, tornar consciente aquilo que permaneceu inconsciente ao próprio criador do discurso. Com isto Schleiermacher chega ao postulado: “compreender o discurso, primeiramente tão bem e, depois, melhor do que o seu autor”.⁶¹

Tudo isto, todavia, não vem desacompanhado de certo embaraço, a se perguntar, por exemplo, como pode ser possível compreender as partes se para isto é necessário, anteriormente, já ter compreendido o todo? E como seria possível compreender o todo antes mesmo de se ter compreendido as suas partes? E mais, como é possível compreender o que o autor quis dizer, sem antes o conhecê-lo? Em suma, como iniciar as voltas no círculo hermenêutico?

A resposta aos aparentes paradoxos que exurgem da relação cíclica de interdependência existente entre o todo e a parte e vice-versa, será respondida por Schleiermacher através dos métodos comparativo e divinatório de interpretação.

2.2.3 MÉTODOS COMPARATIVO E DIVINATÓRIO

Iniciar a leitura de um livro de ficção cuja história é de toda desconhecida é, até certo ponto, lançar-se. Muitos dos aspectos que compõem a narrativa nos podem ser estranhos, tais como as características dos personagens que serão apresentadas apenas com o decorrer da história, o que ao iniciar ignoramos, como também o local onde se desenvolve a trama, que pode inclusive não existir realmente. Com o avançar da leitura, contudo, as partes que compõem o enredo (todo), antes não familiares e não raramente incompreensíveis, ganham forma, e pouco a pouco passamos a compreendê-las. Para chegar a este ponto, entretanto, é preciso antes iniciar, e ainda mais, já ter conhecido.

Nas palavras de Palmer, a “[c]ompreensão é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos”.⁶²

No exemplo acima, mesmo que jamais tenhamos lido o livro ou tenhamos tomado ciência do que a história trata, mesmo que superficialmente e por outros meios, partilhamos

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 262.

⁶⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 30.

⁶¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*, 2005, p. 115.

⁶² PALMER, Richard E. *Hermenêutica*, 2006, p. 93

de locais comuns com o seu autor, dos quais partiremos no caminho (circular) rumo à compreensão. Contudo, é válido ressaltar que é um equívoco pretender atribuir à compreensão a ideia de destino, ou seja, de ponto final, porque, como vimos, esta é sempre provisória já que infinita.

Ao ler um livro, cotejamos o discurso da obra com os discursos ou usos linguísticos que presenciamos anteriormente.⁶³ Justamente por meio desta comparação que se dá por uma relação dialógica (método comparativo) entre discursos, é que ocorrerá a compreensão. E o primeiro lugar comum compartilhado entre o leitor e o autor de qualquer obra é precisamente a língua, enquanto um previamente dado, em sua forma de uso ao longo do tempo.

Apesar disso, o método comparativo por si só não resolve o paradoxo concernente à questão sobre como iniciar as voltas no círculo hermenêutico, já que, para além da língua, nem sempre o intérprete conhecerá previamente aquilo que visa compreender, que pode lhe ser de fato completamente estranho. Por essa razão, a resposta ao paradoxo só estará completa, como pretende Schleiermacher, mediante a identificação da dimensão divinatória da interpretação.

Segundo o teólogo alemão, quando nos falta uma base compartilhada com o autor do texto, resta-nos somente realizar um salto em direção daquilo que pressentimos ou intuímos ser o sentido por ele expressado em seu discurso.⁶⁴ Ou seja, quando no confronto com aquilo que nos é estranho, antecipamos sentidos possíveis daquela totalidade que pretendemos compreender, do contrário, as voltas do círculo hermenêutico jamais se iniciariam.⁶⁵

O método divinatório opera-se pela empatia existente no intérprete pelo autor, como quem, por assim dizer, busca nele se transformar para poder compreender as partes, antes de conhecer o todo.⁶⁶

A tarefa hermenêutica do intérprete consistiria, assim, em pôr-se no lugar do autor, buscando transferir-se para dentro da constituição completa deste, a fim de “reconstruir do modo mais completo a inteira evolução interior da atividade compositora do escrito”.⁶⁷ Desta forma a compreensão seria uma “reprodução referida à produção original, um

⁶³ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 103.

⁶⁴ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*, 2006, p. 94.

⁶⁵ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 104.

⁶⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica e crítica*, 2005, p. 202.

⁶⁷ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 39.

reconhecer do conhecido (Boeckh), uma reconstrução que parte do movimento vivo da concepção, da “decisão germinal” como ponto de organização da composição”.⁶⁸

Schleiermacher afirma que os primeiros passos rumo ao desconhecido a se operar mediante o processo de adivinhação (método divinatório), “não são nada diferentes do momento em que as crianças começam a compreender o que é dito [...], [já que elas] não têm pontos de comparação, mas antes os adquirem pouco a pouco, como base para um procedimento comparativo”.⁶⁹

A importância do método divinatório se revelaria também com extrema nitidez quando do confronto com a figura do gênio, isto é, com o indivíduo capaz de inovar sobre a linguagem, utilizando-a de uma maneira não antes vista. “Pois, o que faríamos nós a cada vez que caíssemos em uma passagem onde um autor genial pela primeira vez trouxe à luz uma locução, uma composição na língua?”⁷⁰ Para o teólogo alemão, tão somente por meio do método divinatório seria possível reconstruir a “série de pensamentos” do autor, para que fosse possível recapitular adequadamente o “ato criador, (e perceber) como a necessidade do momento pode influir justamente assim e não de outro modo dado vivamente ao autor”.⁷¹

Apesar da importância do método divinatório, sobretudo quando se pretende compreender um autor genial, Schleiermacher afirma que ainda assim é imprescindível valer-se do método comparativo para, com segurança, compreender adequadamente. A utilização simultânea dos métodos não implica, contudo, dizer que eles serão aplicados sempre em idêntico grau, vez que as suas respectivas aplicações tendem a variar proporcionalmente segundo as diferenças daquilo que se visa compreender.⁷² Daí a afirmação de que a “[c]omparação sem adivinhação é estéril, pois condenaria o intérprete a apenas compreender o que já pré-compreendida [...] A adivinhação sem a comparação é fantasiosa”.⁷³

A despeito da importância de Schleiermacher para o estudo hermenêutico, sua teoria se funda na equivocada premissa pela qual a interpretação consistiria em desvelar (declarar) os sentidos previamente atribuídos às coisas, cuja adequação se daria com a identificação destes sentidos àqueles que foram atribuídos pelo autor. No âmbito do Direito, conforme se verá ainda neste capítulo, esta concepção continua a ter fôlego, haja vista as

⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, p. 257-258.

⁶⁹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 44.

⁷⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 43.

⁷¹ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 43.

⁷² SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003, p. 43.

⁷³ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito*, 2012, p. 106.

ainda persistentes referências à busca pela vontade do legislador (*mens legislatoris*) como meio necessário para que se possa descobrir o “real sentido” dos dispositivos legais.

Somente a partir de Heidegger (*Ser e tempo*) e de seu discípulo Gadamer (*Verdade e método*) foi possível constatar a impossibilidade de reproduzir sentidos, isto porque, conforme revelado pelos filósofos alemães, toda compreensão é sempre e invariavelmente uma atribuição de sentidos (*Sinngebung*).

2.3 A FILOSOFIA HERMENÊUTICA (HEIDEGGER)

Martin Heidegger (1889-1976) foi responsável por radicalizar em definitivo o problema hermenêutico. No pensamento do filósofo alemão, a hermenêutica não se refere à arte, ciência ou técnica de interpretação de textos (Schleiermacher), como tampouco à metodologia voltada às ciências do espírito (Dilthey).⁷⁴ Pressupondo o homem e a sua existência como fenômenos,⁷⁵ Heidegger voltar-se à problemática da explicação fenomenológica da própria existência humana.⁷⁶

Com isto, o filósofo eleva o problema hermenêutico de um caráter ôntico, preocupado com a compreensão de textos, ao patamar de uma ontologia fundamental ou existencial, direcionando-o à questão da compreensão do *ser-dos-entes*.⁷⁷ Desta forma realiza uma verdadeira viragem hermenêutico-ontológica na filosofia.

A preocupação de Heidegger, sobretudo em sua obra mestra *Ser e tempo* (1927), é recolocar a questão do *ser* – conceito que se tornou o mais universal, evidente *de per se*, porém ao mesmo tempo indefinível e obscuro –, que foi encoberta, dissimulada e esquecida ao longo da tradição metafísica ocidental. Sua intenção é, em superação dos postulados da metafísica, “despertar o homem deste esquecimento, promovendo uma compreensão para o sentido da questão mais eminente [...]: o sentido do *ser*”.⁷⁸

Para tanto, Heidegger desenvolve a tese da *diferença ôntico-ontológica*, ou simplesmente *diferença ontológica*, pela qual aponta que o *ente* só é em seu *ser*, sem com isso

⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e método I*, 2007, p. 348

⁷⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

⁷⁶ CERBONE, David. *Fenomenologia*. Tradução: Caesar Souza. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 73.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 271 e 273.

⁷⁸ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*. Vitória: EDUFES, 2003, p. 129 e 131 [itálico acrescido por mim].

cindir *ser* e *ente*, que se dão numa unidade que é a compreensão que o homem (*Dasein*) tem do *ser*.⁷⁹

A diferença entre *ser* e *ente* não é, contudo, a mesma da existente entre sujeito e objeto. Na verdade, tanto o sujeito quanto o objeto “possuem um *ente* (objetificado) e um *ser* (ontológico)”.⁸⁰ O homem, que é ele próprio um *ente*, possui um *ser*.

A análise desenvolvida por Heidegger regressa a uma instância mais fundamental em comparação àquela estabelecida por Descartes, e a relação sujeito-objeto por ele apreendida. Para o filósofo da Floresta Negra, o homem não é apreendido como um sujeito hermeticamente fechado em si, que para manter contato com os objetos que o circundam, faz da linguagem uma terceira coisa, mas é, sim, caracterizado por estar sempre fora de si mesmo, em constante relação com os demais *entes*.

O que os distingue (homem e *entes* que o circundam) é a compreensão que somente o homem possui sobre a questão do *ser*, uma vez que ele, desde sempre, se compreende em seu *ser*.

Por esta razão, o ponto de partida de Heidegger na busca pelo *ser* dos *entes*, ou seja, o lugar de surgimento da questão do *ser*,⁸¹ é o próprio homem, compreendido, mediante uma descrição fenomenológica por meio da analítica existencial, como *Dasein*, em alemão, *Ser-aí* ou, ainda, *pre-sença*, em português.

Considerando a impossibilidade de explicar o que o *ente*-homem é, o trabalho da analítica existencial assenta-se na busca pela compreensão de *como é ser* este *ente*.⁸² O objetivo é, portanto, o de apreender os modos de *ser* do homem, ao mesmo tempo em que se analisa a sua estrutura enquanto *Ser-aí*.⁸³

Diferentemente do sujeito da metafísica, que é deslocado do mundo e de suas atividades práticas,⁸⁴ tido, mediante uma justaposição de dois *entes*, como se estivesse “dentro

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 50; STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não-metafísico. In: *Natureza humana* [p. 289-304]. v. 6. n.2. jul.-dez. 2004. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 dez. 2018, p. 299.

⁸⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 43.

⁸¹ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*, 1990, p. 30; FREDE, Dorathea. The Question of Being: Heidegger's Project [p. 42-69]. In: *Cambridge companions to Heidegger*. 2. ed. Charles Guignon (Ed). Cambridge: Cambridge University Press. 2006, p. 55.

⁸² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 43.

⁸³ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990, p. 21-22; STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 86; *Inovação na filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 76; “O *Dasein* é o lugar para começar a responder a questão sobre o ser, porque ele, diferentemente de outros tipos de entidades, sempre tem uma compreensão do ser: entes humanos são entes para quem as entidades são manifestas em seu modo de ser” (CERBONE, David. *Fenomenologia*, 2012. p. 69).

⁸⁴ HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: *Cambridge companions to Heidegger*. 2. ed. Charles Guignon (Ed). Cambridge: Cambridge University Press. 2006, p. 179.

do mundo”, a analítica fundamental heideggeriana apreende o *Dasein* e o mundo como co-pertinentes, como possibilidade existencial, sendo, desta forma, impossível cindi-los, já que é infactível considerar o homem sem tudo o que lhe circunda.⁸⁵

Por isto o conceito de *Dasein* indica não haverem duas realidades (homem e mundo), mas a unidade originária de ser-no-mundo.⁸⁶ O termo mundo, no âmbito da ontologia heideggeriana, não indica um mero *ente* como os demais à disposição do *Dasein*, mas sim sua constituição ontológica essencial, haja vista que o seu modo de ser (existência) é a de um ser-jogado-no-mundo ou homem espaço-temporalmente situado.⁸⁷

Enquanto ser-no-mundo, o homem está sempre projetado face às possibilidades futuras de compreender-se em seu próprio *ser* (facticidade).⁸⁸ *Dasein* é, desta forma, um *ente* aberto, como um poder-ser⁸⁹ ou, ainda, um ter-que-ser.⁹⁰

Frente a isso, o papel da hermenêutica fundamental é ao mesmo tempo compreender o modo de *ser* do *Dasein* (facticidade), e possibilitar a abertura do horizonte para o qual ele caminha (existência).⁹¹

Também devido a sua fundamental condição de ser-no-mundo, o homem é o único *ente* que verdadeiramente existe (privilégio ôntico), justamente porque ele é o único *ente* que desde sempre, em seu modo-de-ser, compreende o *ser* (privilégio ontológico). Os demais *entes*, por lhes faltarem esta compreensão, não existem, mas subsistem.⁹²

Além disso, o *ser* deste *ente* (*Dasein*) “é condição de possibilidade de todas as demais ontologias (do Direito, da História, do Processo etc.)” (privilégio ôntico-ontológico).⁹³ “A partir de suas estruturas existenciais específicas que o caracterizam como um ente

⁸⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 43.

⁸⁶ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*, 2003, p. 136 e 137.

⁸⁷ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 66 [itálicos no original]; “*Dasein is not some free-floating spirit that transcends its material situation. As a projection (Entwurf, from the German stem “to throw”), Dasein finds itself “thrown” into a world, and it finds itself as already projected or “thrown” into a situation with concrete possibilities*” (HOY, David Couzens. *Heidegger and the hermeneutic turn*, 2006, p. 186) [itálicos acrescidos por mim, com exceção à palavra *Entwurf*, que consta do original].

⁸⁸ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*, 2003, p. 136.

⁸⁹ Vattimo esclarece ainda que: “*Esistenza, esseri, essere-nel-mondo sono dunque sinonimi. Tutti e tre i concetti indicano il fatto che l’uomo è <<situato>> in maniera dinamica, che cioè è nel modo del poter essere o anche, come Heidegger dirà poco oltre, nella forma del <<progetto>>*” (VATTIMO, Gianni. *Introduzione a Heidegger*. 7. ed. Bari: Laterza, 1991, p. 22) [itálicos acrescidos por mim].

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 271.

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 271.

⁹² SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 43.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 272.

privilegiado, capaz de abrigar a tensão entre o ôntico e o ontológico, o Ser-aí se mostra como mensageiro de tal duplicidade”.⁹⁴

Daí por que a fenomenologia heideggeriana constituiu uma dupla ontologia: a ontologia do *Dasein* e a ontologia do *ser*, condição de possibilidade de toda e qualquer ontologia.⁹⁵

Quanto a isso, é preciso esclarecer que a afirmação de que *apenas o Dasein existe* não significa que os demais *entes* não sejam reais ou efetivos. Apenas que a existência é um modo de ser próprio, e, portanto, exclusivo do homem, estranho aos demais *entes*, que por isso não existem, apesar de serem.

Este modo de ser do homem representa a instância (“*Da*” em alemão, ou “*ai*” em português) de acontecimento do ser (*sein*), que indica que o *Dasein* não é um *ente* simplesmente dado, mas que, fundamentalmente, se essencializa na compreensão de seu próprio *ser*. Esta é a razão para se afirmar que o homem nunca está de todo pronto, já que “[o] nosso ser está no que, sempre e a cada vez, somos – e sempre somos o que estamos, a cada vez, sendo”.⁹⁶

Também por isso, o modo de ser do *Dasein*, constituição ontológica que lhe é mais característica, recebe a designação de *ek-sistence* (*ek-sistir*). Etimologicamente, o prefixo grego “*ek*” indica aquilo que está fora, e tem seu correlato em português no prefixo “*ex*”, como em “*exterior*”, “*externo*”, “*expansão*” e “*expressar*”.⁹⁷ Logo, enquanto existente, o *Dasein* não está contido em si, como que já pronto e acabado, mas em estado de permanente construção. Sempre projetado para fora de si mesmo.

Existência (*Existenz*) é o modo de ser próprio do homem, ou seja, é aquele próprio (*eigen*) no qual o ser humano realiza a propriedade (*Eigentlichkeit*) de seu ser, chega a si mesmo e torna-se ele próprio (*Selbst*). Ser humano é ser introduzido no destino da existência. Existir é *ek-sistir*: estar fora, encontrar-se fora, ex-portar-se, no sentido de conduzir-se para fora, insistindo e instalando-se no aberto ou na aberta da imensidão do ser. O humano vigora como humano *ek-sistindo*, isto é, assumindo e suportando o estar na aberta da imensidão do ser, ou seja, sendo a clareira do ser, ou seja, sendo o espaço de liberdade em que o sentido de ser de tudo, o que somos e não somos, é responsabilizado. Com outras palavras, o humano vigora como

⁹⁴ MELO, Rebeca Furtado de. Entre compreensão e interpretação: para uma hermenêutica filosófica no pensamento de Heidegger. In: *Ekstasis: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia* [p. 84-99]. v. 2. n. 1. Universidade Estadual do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2013, p. 89.

⁹⁵ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*, 2005, p. 89.

⁹⁶ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*, 2003, p. 132.

⁹⁷ BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. In: *Revista da Abordagem Gestáltica* [p. 65-73]. v. 23. n. 1. abr. 2017. Disponível: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672017000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: 20 dez. 2019, p. 67.

humano sendo de modo ek-stático, sempre fora-de-si, no mundo, junto aos entes, com os outros, compreendendo o ser.⁹⁸

Apesar de ser um *ente* triplamente privilegiado (privilégios ôntico; ontológico e ôntico-ontológico), o fato de estar direcionado para fora-de-si, jamais pronto, faz do homem um ente “pobre”, uma vez que, diferentemente dos demais entes que desde-já-sempre são, o homem nunca é. Enquanto existente (*ek-sistere*), sempre lhe falta algo, que nada tem de *ente*, pois que diz respeito unicamente ao seu *ser*. Daí a razão por que “[o] nosso ser nos é dado como tarefa. É algo a se conquistar, nunca é um mero feito [...], somos entes que têm de ser, que têm sempre de novo, a cada vez, de conquistar o seu ser”.⁹⁹

A constituição fundamental do homem é, pois, a de um ainda-não ou a de um ter-que-ser, constantemente “lançado no jogo de seu poder ser”.¹⁰⁰ Isto é, num constante projetar aberto às possibilidades de *ser*. “O *Dasein*, enquanto é, já se entendeu e continua se entendendo a partir de possibilidades”.¹⁰¹

Por outro lado, apesar de não existirem, os demais *entes* apresentam um campo de manifestação do *ser* que é apreendido pelo *Dasein* na pergunta que ele dirige ao *ente*, na perspectiva de compreendê-lo em seu *ser*. “Para Heidegger [...] o modo como somos afetados pela facticidade do mundo diante de nós abre um campo, uma faceta do mundo para nós. A essa abertura em que nos situamos diante de um mundo que se apresenta diante de nós Heidegger denomina compreensão (*verstehen*)”.¹⁰²

Enquanto clareira do ser, o *Dasein* não se limita a um mero espectador do mundo, mas assume a posição de um *ente* sobre ele atuante. Essa é a razão para a qual Heidegger afirmar que o mundo não se trata de uma mera realidade a ser contemplada, mas conjunto de instrumentos a serem utilizados pelo homem. Ser-no-mundo significa, assim, a condição de um indivíduo que faz do mundo o projeto de suas ações em suas possibilidades de *ser*.¹⁰³

⁹⁸ FERNANDES, Marcos Aurélio. Tempo e temporalidade na analítica existencial de Martin Heidegger. In: *Revista da Abordagem Gestáltica: Phenomenological Studies* [p. 213-228]. v. 12. n. 1, jun. Instituto de Treinamento e Pesquisa em Gestalt Terapia de Goiânia: Goiânia, 2006, p. 217.

⁹⁹ SILVA, Eliana Borges da. *O conceito de existência em Ser e tempo*. Dissertação de Mestrado. Goiânia: Universidade Federal de Goiás (UFG), 2010, p. 40.

¹⁰⁰ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*, 2003, p. 138-139; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 407.

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 413.

¹⁰² BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. In: *Revista da Abordagem Gestáltica*, p. 66-67.

¹⁰³ REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, v. 3. 1991, p. 584.

Não à toa, o *Dasein* apreende as coisas que o circundam a partir de suas funcionalidades enquanto instrumentos, e o faz com base no “para quê” das coisas, característica essa expressada pela estrutura “*algo como algo*”.¹⁰⁴

Ao avistar um martelo, por exemplo, o *Dasein* nunca o compreende de forma desconexa, mas invariavelmente na relação que tal instrumento mantém com pregos, com tábuas. Sem perder de vista o seu “para quê”: martelar, pregar, erigir algo.

Nisso reside a razão pela qual a compreensão trabalhada por Heidegger não se refere àquela teórica, como entendimento racional das coisas, ou um conhecer,¹⁰⁵ mas sim, refere-se àquela dotada de um caráter existencial. Afinal, o *Dasein* não possui uma compreensão, ele é sua compreensão, “na medida em que é o horizonte de mundo que se abre para ele pelo modo como é afetado”.¹⁰⁶

Porque compreende a questão do *ser*, o homem pode compreender o *ser* dos demais *entes*. E só o faz porque desde sempre já se compreendeu em seu *ser*. Tal compreensão é antecipada quando do projetar do homem em possibilidades.¹⁰⁷

Destarte, a compreensão representa “a condição de possibilidade do existir humano, pois diz respeito à própria abertura do *Ser-aí* enquanto possibilidades do seu mundo”. Pela compreensão o *Ser-aí* consolida, a cada vez, as possibilidades por ele projetadas de *ser*. Pela compreensão ele é, cada vez, o seu “*aí*”. “Compreensão diz respeito, portanto, à abertura de uma totalidade significativa [totalidade-da-conjunção],¹⁰⁸ que permite que o *Ser-aí* se determine interpretativamente a partir da projeção de um sentido, na medida em que esse sentido consolida determinadas possibilidades existenciais, permitindo todo comportar-se e relacionar-se humano”.¹⁰⁹

Todavia, a compreensão que o *Dasein* desde sempre tem do *ser*, não é de toda desenvolvida ou completa, pois se trata de uma compreensão prévia, em grande parte implícita e pressuposta, a que Heidegger denomina de pré-ontológica.¹¹⁰ É justamente esta

¹⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 423.

¹⁰⁵ SILVA, Eliana Borges da. *O conceito de existência em Ser e tempo*, 2010, p. 76.

¹⁰⁶ BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. In: *Revista da Abordagem Gestáltica*, p. 67.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 419.

¹⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 425.

¹⁰⁹ MELHO, Rebeca Furtado de. Entre compreensão e interpretação: para uma hermenêutica filosófica no pensamento de Heidegger. In: *Ekstasis: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia* [p. 84-99]. v. 2. n. 1. Universidade Estadual do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2013, p. 90.

¹¹⁰ CERBONE, David. *Fenomenologia*, 2012, p. 69.

prévia compreensão do *Dasein* a “primeira e originária abertura da qual deve partir toda teoria sobre o ser”.¹¹¹

Com isso, a capacidade que o homem possui em dizer o que algo *é*, pressupõe a sua compreensão antecipadora deste algo, ou seja, do *ser* deste *ente*, ainda que essa pré-compreensão seja incompleta e incerta. Isso ocorre porque o *Dasein*, enquanto ser-no-mundo, possui “originariamente intimidade com uma totalidade de significados”¹¹² que lhe são antecipados por meio de sua pré-compreensão. “Qualquer ato de conhecimento nada mais é que uma articulação, uma interpretação dessa familiaridade preliminar [pré-ontológica] com o mundo”.¹¹³

Simultaneamente, o homem só possui a capacidade de compreender o *ser* dos demais *entes*, na medida em que ele próprio já se compreendeu em sua facticidade, ou seja, na medida que o *ente* homem já, desde sempre, se compreende em seu *ser*.¹¹⁴

Rafael Tomaz de Oliveira ressalta que Heidegger “mostra algo que pode soar estranho: ele afirma que o passado do *Ser-aí* não se situa atrás deste ente, mas sempre e a cada vez lhe antecipa”. O homem, enquanto ser-jogado-no-mundo, “se encontra já sempre imerso em uma tradição, embora disso ele não seja necessariamente consciente”;¹¹⁵ tradição que é sempre projetada por sua pré-compreensão face às coisas, cujos sentidos em sua totalidade já lhe são familiares.

Didaticamente, Fernando Medeiros Pessoa pontua que:

[...] esse é o nosso fundamento mais essencial: existir, ser. Sempre compreendemos o sentido do que dizemos quando falamos, por ex., “o céu é azul”, “eu sou feliz”; mesmo quando o verbo ser não está explícito, sempre compreendemos o sentido do que é dito – exemplo.: ao ouvirmos o grito “socorro”, imediatamente compreendemos que alguém está em apuros; mesmo quando nada dizemos nem ouvimos, em tudo que fazemos ou deixamos de fazer, sempre compreendemos tanto o que somos como o que não somos – nós, os outros e as coisas que nos cercam – pois, nas circunstâncias de nossa existência, sempre temos alguma compreensão do que nos circunda, da conjuntura em que existimos, que orienta o nosso comportamento com as coisas e com os outros – sem esta compreensão nada seria, ou melhor, nem seria nem não seria, não haveria existência.¹¹⁶

¹¹¹ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*, 2005, p. 89.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 284. Ver também: VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 112; do mesmo autor: *Introduzione a Heidegger*, p. 27; e ainda: HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: *Cambridge companions to Heidegger*. 2. ed. Charles Guignon (Ed). Cambridge: Cambridge University Press. 2006, p. 187.

¹¹³ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*, 2007, p. 112.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 49.

¹¹⁵ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Tese (Doutorado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013, p. 85-86.

¹¹⁶ PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*, 2003, p. 133-134.

Apesar de complexa, é imensurável a implicação prática dessa realização, inclusive para o Direito, ainda que Heidegger não tenha se preocupado em qualquer medida com este ramo do conhecimento.¹¹⁷

Ante à constatação da inexistência de essências, ao passo que inexistente a divisão entre o mundo e o homem, é de todo descabido o apego à ideia de método, como forma de desvelamento dos “reais sentidos”, que só teria razão de ser se convergíssemos na crença “nas coisas em sua essência, em sua natureza incontestável”.¹¹⁸

No que se refere ao Direito, quando da interpretação dos textos normativos, o intérprete nunca o faz desprovido de uma compreensão antecipadora de sentidos. Sua tarefa não consiste, por essa razão, em descortinar os sentidos reificados no texto da lei, do precedente, da preleção doutrinária, da narrativa fático-jurídica trazida aos autos pelas partes etc., como se os textos trouxessem em si os seus próprios sentidos.

Por outro lado, o intérprete tampouco deve perquirir pela vontade do legislador (hermenêutica psicológica), já que inexistente ato reprodutor de sentidos (*Auslegung*). Ao contrário, toda compreensão é invariavelmente uma atribuição de sentidos (*Sinngebung*) que são preliminarizados pela pré-compreensão que o intérprete, enquanto ser-no-mundo, possui.

Com vistas a isso, e por estarmos inseridos num Estado Democrático de Direito, é indispensável que os sentidos atribuídos pelo intérprete “a partir de e em virtude de um determinado caso dado”,¹¹⁹ não sejam arbitrários, mas se conformem à essa tradição.

Também por esse motivo não há que se falar em igualdade entre texto e norma, assim como é impossível compreendê-los isoladamente. Há entre ambos uma diferença que é ontológica, que implicar a imperiosa necessidade de uma síntese hermenêutica deles, pela qual a norma é o sentido construído – e jamais declarado – ao texto. Assim, tem-se que “o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto”.¹²⁰

Mais uma vez, só é possível compreender o *ser* do ente (*diferença ontológica*), ou seja, a norma, perguntado pelo ente em seu *ser* (a pergunta se dirige ao ente: texto; na perspectiva de compreendê-lo em seu *ser*: norma). Isso ocorre porque o intérprete

¹¹⁷ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 71.

¹¹⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 46.

¹¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 428.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 50.

compreende o *ser*, na medida em que ele compreende o seu próprio *ser* (*facticidade*),¹²¹ ao passo que, ele somente compreende o que é *ser* o tipo de *ente* que é, uma vez que desde sempre compreende a questão do *ser*.¹²²

2.3.1 O CÍRCULO HERMENÊUTICO: DE COMO COMPREENDEMOS PARA INTERPRETAR

É evidente, pois, que o processo compreensivo possui estrutura circular. Heidegger, porém, deixa de empregar o ciclo hermenêutico na interpretação de textos, servindo-se dele na busca pela compreensão da facticidade e existência do *Dasein*.¹²³

Para o filósofo da Floresta Negra, o círculo hermenêutico “é a estrutura constitutiva central do ser-no-mundo que caracteriza o Ser-aí”.¹²⁴ Como esclarecido acima, a compreensão originária que o *Dasein* dispõe não é de toda completa, mas se constitui num projeto preliminar, que serve ao propósito de guia aberto às modificações, revisões e evoluções em prol de padrões mais adequados, sendo esta uma característica constitutiva determinante do *Ser-aí*, enquanto *ente* aberto às possibilidades futuras (poder-ser ou ainda não).¹²⁵

Logo, a pré-compreensão que o *Ser-aí* possui – constituída por uma posição prévia (*Vorhabe*), uma visão prévia (*Vorsicht*) e uma concepção prévia (*Vorgriff*) –¹²⁶ assenta as possibilidades de sentido das coisas (*ser-dos-entes*) que se busca compreender. Tais sentidos serão explicitados de forma discursivo-argumentativa por meio da interpretação, que é o próprio compreender que se desenvolve apropriando-se das possibilidades projetadas, explicitando-as. Ou seja, interpretar é explicitar a estrutura *como*, “o sentido enquanto perspectiva em que algo é compreendido *como* algo determinado”.¹²⁷

¹²¹ “Understanding grasps the world as such, without which the discovery of particular features of the world would not be possible. However, understanding grasps not only the world, but also *Dasein*’s way of being in the world. So an understanding of the world is always also a self-understanding [...] *Dasein*’s understanding of its world is thus not distinct from its understanding of itself, but is at the same time an interpretation of itself” (HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn, 2006, p. 184) [itálicos acrescidos por mim].

¹²² CERBONE, David. *Fenomenologia*, 2012, p. 70.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 272 e 273.

¹²⁴ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade*, 2007, p. 112; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, p. 429.

¹²⁵ VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*, 1991, p. 29-30.

¹²⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 427; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 277; *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 97.

¹²⁷ OLIVEIRA, Carine de. Entre o apofântico e o hermenêutico: notas sobre a dupla estrutura da linguagem em *Ser e Tempo* de Heidegger. In: *Anais da XIII Semana Acadêmica do PPG em filosofia da PUCRS*. EdIPUCRS: Porto Alegre, 2014, p. 5. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XIII.html>> Acesso em: 09 abr. 2019.

Enquanto a compreensão ocorre em um nível estruturante (*logos* hermenêutico), “em que o sentido se dá de forma antecipada, face aos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) que temos acerca dos entes intramundados”, a explicitação daquilo que fora compreendido (*logos* apofântico) “é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade – portanto, superando o cognitivo esquema sujeito-objeto – consigamos nos comunicar”.¹²⁸ Por esta razão cabe dizer que para interpretar é necessário antes compreender, porém, só compreendemos porque somos dotados de uma pré-compreensão¹²⁹ que une todas as partes do “sistema” (posição prévia, visão prévia e concepção prévia).¹³⁰

O *Dasein* como entender projeta seu ser em possibilidades. Esse entendedor *ser para possibilidades* é ele mesmo um poder-ser, pelo efeito contrário que as possibilidades como abertas têm sobre o *Dasein*. O projetar do entender tem uma possibilidade própria de desenvolvimento. Chamamos *interpretação* o desenvolvimento do entender. Na interpretação, o entender, entendendo, apropria-se do seu entendido. Na interpretação, o entender não se torna algo diverso, mas torna-se ele mesmo. A interpretação se funda existencialmente no entender e este não surge dela. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do entendido, mas em elaborar possibilidades projetadas no entender.¹³¹

Heidegger esclarece, ainda, que a estrutura da compreensão não deve ser vista como um círculo vicioso, cujo decisivo seria dele se retirar, mas possui “um sentido ontológico positivo”,¹³² perfazendo, assim, a condição de possibilidade para a correta interpretação das coisas. Nas palavras do filósofo:

O decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto. Esse círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existencial *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também somente tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico, se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o ter-prévio [*Vorhabe*], o ver prévio [*Vorsicht*] e o conceber prévio [*Vorgriff*] lhes seja dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas.¹³³

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 477.

¹²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 431.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 97.

¹³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 421.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355.

¹³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 433.

Para que o sentido preliminarizado como possibilidade na pré-compreensão¹³⁴ se confirme, e possa ser articulado discursivo-argumentativamente de forma correta, é indispensável que o sujeito se proteja “da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis”.¹³⁵ Para tanto, é necessário que ele volte seu olhar para “as coisas elas mesmas”. Todo projetar de sentidos preliminares, “tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.¹³⁶

É claro que o intérprete “está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas”, sendo em tais casos impelido a reelaborar novos projetos que sejam mais adequados, consistindo justamente nisso “a tarefa constante da compreensão”,¹³⁷ com um “constante projetar e reprojeter de sentidos”.¹³⁸

O fato de que toda revisão do projeto prévio estar na possibilidade de antecipar um novo projeto de sentido; que projetos rivais possam se colocar lado a lado na elaboração, até que se estabeleça univocamente a unidade do sentido; que a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar é o que constitui o processo descrito por Heidegger.¹³⁹

Com base nisso, é primordial que o hermeneuta, no campo do Direito o jurista, “não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”.¹⁴⁰

Destarte, diferentemente dos paradigmas anteriores, fundados na crença de que o sujeito interpreta, valendo-se de um método, para somente depois compreender, “Heidegger nos mostra a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial em *Ser e Tempo* que *compreendemos para interpretar*”. Nesse sentido, a interpretação é “derivada da compreensão que temos do *ser-dos-entes*. Ou seja, originariamente o *Ser-aí* compreende o ente em seu ser, e de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 97.

¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355.

¹³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355 e 356.

¹³⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 44.

¹³⁹ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I*, 2007, p. 356.

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I*, 2007, p. 356.

interpretação”,¹⁴¹ momento em que expõe os sentidos por ele atribuídos, que podem se revelar adequados ou não à “coisa ela mesma”.

2.4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA (GADAMER)

A inventividade de Heidegger, reveladora do “caráter existencial de toda a experiência hermenêutica”, segundo a qual “toda compreensão decorre de uma autocompreensão do *Dasein* que, desde sempre, envolve-se com o mundo em uma relação circular em que, ao mesmo tempo se compreende em seu ser, compreende também o ser dos entes circundantes”,¹⁴² é em parte retomada por Gadamer.

Contudo, é preciso ressaltar que apesar da análise existencial do *Dasein* ser o pano de fundo para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica gadameriana, há substanciais diferenças entre as obras dos filósofos, o que bem demonstra ser um equívoco que “entendamos a hermenêutica filosófica como uma espécie de extensão ou continuidade da filosofia hermenêutica de Heidegger”.¹⁴³

Sobre o ponto, Ernildo Stein esclarece que enquanto Heidegger estabeleceu para si a tarefa de preparar uma nova compreensão do ser,

a partir de um conceito de tempo repensando a partir da temporalidade e da historicidade [...], Gadamer não se propunha à tarefa de acompanha[-lo] [...] no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser. Em *Verdade e Método*, Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixando de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da história. Portanto, se o conceito de compreensão de Heidegger visava chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido. Podemos, assim, perceber a diferença decisiva entre Heidegger e Gadamer, observando que no primeiro se apresenta, como âmbito de pensamento, a filosofia hermenêutica, enquanto em Gadamer surge a hermenêutica filosófica. Ainda que tenhamos que reconhecer a vizinhança da obra dos dois filósofos, mostrou-se, de maneira irrecusável, que os dois projetos se distanciam na questão central [...]¹⁴⁴.

Gadamer tem como escopo “demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender [enquanto atribuição de sentido] e mostrar que a compreensão jamais é um

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 273.

¹⁴² OLIVERA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história*, 2013, p. 92-93.

¹⁴³ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história*, 2013, p. 93

¹⁴⁴ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica [p. 204-226]. In: *Problemata*: R. Interna. Fil. v. 5. n. 1, 2014, p. 211-212) [itálicos no original]; Para aprofundamento acerca dos pontos de contato e de distanciamento entre o pensamento de Gadamer e Heidegger, ver também: DOSTAL, Robert J. Gadamer's Relation to Heidegger and Phenomenology [p. 247-266]. In: *The Cambridge companion to Gadamer*. Robert J. Dostal. Ed. Cambridge University Press: New York, 2006.

comportamento subjetivo frente a um “objeto” dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”.¹⁴⁵

Exemplificando a impossibilidade de tomar a compreensão como comportamento subjetivista – sobretudo por ser a aplicação um momento próprio da compreensão (*applicatio*) –, Gadamer vale-se da hermenêutica jurídica, ao afirmar que “a decisão do juiz, que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e não arbitrária das leis; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação “correta” e isso implica necessariamente que a compreensão faça a mediação entre a história e atualidade”.¹⁴⁶

Se por um lado a compreensão não é um ato subjetivista, por outro também não há que se falar em objetividade, que para Gadamer é uma ilusão,¹⁴⁷ conforme “pregada pela filosofia de um modo geral, como resultado da influência que as ciências naturais exerciam sobre as ciências do espírito”. A razão para tanto é a inexistência, de um lado, de um sujeito a-histórico, neutro, livre da influência que a história exerce; de outro, de objetos puros, distantes e não contaminados pelos “efeitos da história e do contexto no qual está sendo pensado”.¹⁴⁸

Para Gadamer, a impossibilidade de um conhecimento objetivamente válido decorre da condição finita do homem, que, porque histórico, “vê e compreende sempre do seu ponto de vista, localizado no tempo e no espaço”.¹⁴⁹

À vista disso, resta evidente ser um equívoco sustentar a possibilidade de “apropriação intelectual direta e imediata das coisas”, uma vez que o intérprete sempre porta consigo a carga de suas pré-compreensões, moldada por sua experiência histórica. Ou seja, pela tradição da qual faz parte. Essa é a razão pela qual “em toda atividade de compreensão, já nos encaminhamos ao objeto com um certo *olhar*”.¹⁵⁰

Na verdade, não apenas o sujeito é pertencente a uma tradição, mas também o próprio objeto (aquilo que aqui nos interessa: textos) “é determinado por sua historicidade”, vez que “marcado pelo sentido que historicamente lhe foi *emprestado*”.¹⁵¹ Razão pela qual não há que se falar em “grau zero” de sentido.¹⁵²

Fruto de seu tempo, porque imerso numa tradição, texto é evento, e não meros enunciados linguísticos; “textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não

¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 18.

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 19.

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 57.

¹⁴⁸ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p.72.

¹⁴⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*, 2006, p. 182.

¹⁵⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 41-42.

¹⁵¹ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 74 [itálico acrescido por mim].

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 267.

digam respeito a algo (algo como algo)”.¹⁵³ Também não são receptáculos passíveis de serem livremente manejados pelo intérprete como se esse fosse o seu dono. Eles não estão em posição de vassalagem à subjetividade assujeitadora de sentidos, como que à disposição da volatilidade dos designíos da consciência de si do pensamento do pensante. Não se pode dizer qualquer coisa sobre um texto, sob pena de impor um velamento ao “texto ele mesmo”.

Também por isso, não é possível conhecer as coisas em sua plenitude objetiva, aparte da história. Pelo contrário, “conhece-se *algo como algo*”,¹⁵⁴ a partir da história de seus efeitos (história efetual).¹⁵⁵

Conforme preleciona Gadamer, “[a] compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade [e acresço aqui, da objetividade] e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermediam constantemente o passado e o presente”,¹⁵⁶ e “de onde é impossível a emergência de um *cogito* [que dela seja] desindexado [...]”.¹⁵⁷

Sendo assim, o processo compreensivo “caracteriza-se por uma *mediação*”, haja vista que todo fenômeno com o qual o homem se defronta, “jamais se mostra em sua pureza objetiva e aistórica [sic], como que isolado e pronto à descoberta em que seu estado bruto, mas antes aparece matizado pelo espectro de cores que formam o raio de visão daquele que o observa”.¹⁵⁸

Desta maneira, retomando o pensamento de Heidegger no que se refere ao modo de ser do *Dasein*, Gadamer reconhece que há em toda compreensão “uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida, afinal o *Dasein* [...] sempre possui a sua história e pode possuí-la porque o ser deste ente constitui-se de historicidade”.¹⁵⁹

A tradição, explica Gadamer, é um legado que nos é conferido através da linguagem.¹⁶⁰ Isso o levará a afirmar, na esteira da viragem ontológico-linguística operada

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 219.

¹⁵⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Heremênutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 42 [itálicos no original].

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 399 e ss.

¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 384.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 323.

¹⁵⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Heremênutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 41.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 297.

¹⁶⁰ Quanto a isso, Gadamer sustenta que “[...] a tradição não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer e dominar pela experiência, mas é *linguagem*, isto é, fala por si mesma, como um tu” (GADAMER, *Verdade e método I*, 2007, p. 467); STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 298.

pela Filosofia Hermenêutica heideggeriana, que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.¹⁶¹

Em *Verdade e Método*, o filósofo ressalta, ainda, que a linguagem não é “somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa *mundo*”.¹⁶² Daí dizer, seguindo o que preceitua Heidegger, que a linguagem possui caráter de *medium* universal da experiência hermenêutica do *ser*.¹⁶³

E como bem Gadamer, “o mundo é solo comum”.¹⁶⁴ Dessa característica determinante da linguagem enquanto algo compartilhado intersubjetivamente, se extrai a impossibilidade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, desde que se deseje fazer-se compreendido.

Pelo mesmo motivo, tem-se que a relação compreensiva nunca ocorre entre o sujeito e o objeto, como ainda pretendem “as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade [do Direito] – incluindo aí doutrina e a jurisprudência”, que ainda atribuem à linguagem “um caráter secundário, *uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais”,¹⁶⁵ à ligar a subjetividade ilhada do homem à objetividade igualmente isolada da coisa.¹⁶⁶

Ao contrário, com a “*viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente*, a relação passa a sujeito-sujeito”,¹⁶⁷ na qual a linguagem assume o posto de condição de possibilidade, sem a qual é impossível compreender.

Toda compreensão é, portanto, uma mediação, o que necessariamente influencia o processo cognitivo do sujeito que pertence à história antes mesmo de se pertencer. A história do sujeito o precede e se antecipa à sua reflexão,¹⁶⁸ que se dá por meio de sua compreensão prévia, “produto da relação intersubjetiva que o hermeneuta tem no mundo”.¹⁶⁹

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, 2007, p. 612.

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 571.

¹⁶³ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, 2008, p. 271; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 497.

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 571.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 19.

¹⁶⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 50.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 19.

¹⁶⁸ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologia*, 1990, p. 108.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, 2008, p. 272.

Por isso, sendo a compreensão o modo de ser da existência humana, o horizonte histórico (tradição) é sua condição de possibilidade.¹⁷⁰ Tal revelação supera, em definitivo, com a crença na existência de essências, ao passo que obsta o assujeitamento dos sentidos pelo sujeito solipsista,¹⁷¹ como também nega a dependência do processo compreensivo a um método, que, posterior sempre antecipado pela pré-compreensão, chega sempre tarde.¹⁷²

Quanto ao ponto, Gadamer ressalta que o problema hermenêutico não é dependente de um método, como se somente por seu intermédio pudesse se chegar a uma compreensão adequada das coisas.

Ao versar sobre o caráter aplicativo de toda compressão (*applicatio*), isto é, a noção de que a compressão somente ocorre em face de uma determinada situação concreta, Gadamer remonta ao conceito de inteligência prática da ética aristotélica denominada *phrónesis*, que é distinta do saber técnico (*Techné*).¹⁷³

Phrónesis, ou inteligência prática, refere-se ao exercício da capacidade de aplicar verdades sobre o que é bom em certos tipos de situações particulares. Ou seja, mediante o exercício da *phrónesis*, “comprendemos por que esta situação particular faz com que o exercício de alguma virtude moral particular ou a aplicação de alguma regra de justiça particular, ao agir de algum modo particular, seja a coisa certa a fazer”.¹⁷⁴

Gadamer considera que a inteligência prática é “um modelo excelente para orientar a nossa elucidação da tarefa prática à hermenêutica”, já que de forma semelhante a Aristóteles, também a *aplicação* não se refere a uma operação secundária ou subsidiária, mas co-constitutiva do processo compreensivo.¹⁷⁵ Com base nisso, o filósofo alemão conclui que a inteligência prática (*phrónesis*), e não o conceito moderno de método e ciência, é o único modelo viável ao problema hermenêutico.¹⁷⁶

¹⁷⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 28.

¹⁷¹ “Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 273); STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 278.

¹⁷² “O fato de que o *ser* próprio daquele que conhece [ou seja, do intérprete – *Dasein*] também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do ‘método’ mas não o da ciência” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 631).

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, 2002, p. 355.

¹⁷⁴ MACLINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual a racionalidade?* Loyola: São Paulo, 1991, p. 130.

¹⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 57.

¹⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, 2002, p. 249-369. Ver também: MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 82.

2.4.1 PRÉ-COMPREENSÃO, CÍRCULO HERMENÊUTICO E FUSÃO DE HORIZONTES: DE COMO A INTERPRETAÇÃO, COMPREENSÃO E A APLICAÇÃO NÃO SÃO MOMENTOS CINDÍVEIS

Conforme descrito anteriormente, para Gadamer, todo sujeito apreende os sentidos atribuídos às coisas a partir de certo ponto de vista, que é moldado segundo seus pré-conceitos, frutos de sua situação hermenêutica, da qual parte consciente ou não. Em outras palavras, o “conjunto de experiências trazidas na História que formam indissociavelmente nosso raio de visão, [...] pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que nos postam à frente”.¹⁷⁷

Sempre partimos de algum lugar, já que situados histórico-socialmente. Então, o horizonte que possuímos – condição de possibilidade de nossa compreensão, modo ser da existência humana – “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”. Conforme acentua Gadamer:

Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. [...] Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso.¹⁷⁸

Essa constatação aponta para a necessidade de se ter claro a influência que a história exerce sobre nós,¹⁷⁹ enquanto “membros [dessa] [...] cadeia ininterrupta graças à qual o passado nos interpela”.¹⁸⁰ Tal constatação é factível por meio daquilo que Gadamer denomina de princípio da história efetual, que nos impõe a tarefa de “conhecer-nos melhor e reconhecer que os efeitos da história efetual operam em nossa compreensão”, sob pena de, ao negar tais efeitos, fundando-se “na ingenuidade da fé metodológica [...], até uma real deformação do conhecimento”.¹⁸¹

Gadamer esclarece que a consciência da história efetual “é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica”. O que caracteriza o conceito de situação, por sua vez, é o fato de que não nos encontramos externos à história e, “portanto, não dispomos de um

¹⁷⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 27.

¹⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 399-340.

¹⁷⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 30.

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 57-58.

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 398.

saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação cuja elucidação é tarefa nossa”.¹⁸²

Disso resulta o fato de que “a compreensão humana possui uma *temporalidade intrínseca* [...]. O *compreender* humano deita suas raízes no acontecer do tempo, no conjunto de experiências [...] transmitidas historicamente, o que leva à *historicidade de toda compreensão*”.¹⁸³

A tarefa de refinar nossa consciência hermenêutica, não tem o escopo de buscar anular nosso horizonte histórico. Uma melhor elaboração apenas significa dotar-se de maiores e melhores condições de torná-la receptiva a padrões compreensíveis cada vez mais adequados.¹⁸⁴ Ou seja, refere-se à busca pela “obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição”.¹⁸⁵

Desta forma, “[a] tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender”.¹⁸⁶ A segurança da autenticidade da interpretação depende da prevenção contra a arbitrariedade de ideias, como também contra as “limitações provenientes de hábitos inconscientes de pensamento”.¹⁸⁷ A omissão desta tarefa sujeitará aquele que pretende compreender a uma miríade de mal-entendidos.¹⁸⁸ Daí a máxima cunhada por Gadamer, segundo a qual, “*todo compreender acaba sendo um compreender-se*”.¹⁸⁹

Logo, projetar o horizonte histórico de acordo com um padrão correto, pressupõe uma pré-compreensão fundada em pré-conceitos autênticos. Isto porque, pré-juízos inautênticos maculariam o ato investigativo, que deve se dirigir à “coisa mesma”, e frustraria, assim, o objetivo do processo compreensível, que é dar àquilo que se pretende compreender “a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que lhe impunham antecipadamente”.¹⁹⁰ Por esse motivo, pretender compreender alguma coisa, um texto, por exemplo, implica a tarefa de “permitir que ele nos diga algo”.¹⁹¹

¹⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 399.

¹⁸³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 30 [itálicos no original].

¹⁸⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 30.

¹⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 400.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 400.

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 60-61.

¹⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 400.

¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 349 [itálicos no original].

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 61 e 64.

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 471.

Este projetar de horizonte histórico conforme um padrão adequado, fundado em pré-conceitos legítimos é, contudo, apenas um dos momentos do processo compreensivo. Isto porque a consciência histórico-efetual implica – para além da tomada de consciência por parte do sujeito de sua situação histórica, que modela a sua pré-compreensão antecipadora de sentidos –, que ele também “esteja cômico da historicidade do objeto, de que o seu sentido (do objeto) não é um sentido em si, mas algo determinado também por um processo de desenvolvimento histórico”.¹⁹²

Desse processo de tomada de consciência por parte do sujeito acerca tanto do horizonte histórico de sentido proporcionado por seus pré-juízos, “que formam o horizonte de um presente, pois representam aquilo além do que já não conseguimos ver”;¹⁹³ quanto do horizonte de sentido que representa o modo de ser histórico do objeto,¹⁹⁴ que caracteriza o horizonte histórico do passado, levará àquilo que Gadamer chama de “fusão de horizontes”, que conduzirá, propriamente, à ocorrência da compreensão.¹⁹⁵

Na busca por compreender um texto, o intérprete se confronta com a tensão decorrente da fusão do horizonte histórico do próprio texto com o seu próprio horizonte histórico. Também nisso consiste dizer que a compreensão ocorre como um evento, que se dá “no momento em que há uma interação entre o mundo daquilo que se conhece (horizonte de experiência no qual foi produzido) e o mundo daquele que se propõe a conhecer (horizonte de experiência no qual se situa o observador)”.¹⁹⁶ Frente a esta fusão, é responsabilidade daquele que pretende compreender, “não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente”.¹⁹⁷

A relação dialética mantida entre o “[...] *horizonte* daquele que compreende e o *horizonte* de que adveio o objeto”, ou seja, os horizontes do presente e do passado, tem natureza circular. Nessa relação, “o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete”.¹⁹⁸

O círculo hermenêutico em Gadamer se desenvolve de forma diversa em comparação com aquele descrito por Schleiermacher. Para Gadamer, a tarefa do sujeito não é

¹⁹² MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p.77.

¹⁹³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 404.

¹⁹⁴ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p.78.

¹⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 405.

¹⁹⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 36.

¹⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 405.

¹⁹⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 35-36 [itálicos no original]. Quanto ao ponto, ver também: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41-42.

a de se colocar no lugar do outro, tampouco penetrar na atividade espiritual do autor (hermenêutica psicológica). Conforme acentua o filósofo:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.¹⁹⁹

É de crucial importância apontar que a fusão de horizontes descrita acima, finda por conduzir a outro tipo de fusão, “qual seja, a dos momentos de *compreensão*, *interpretação* e *aplicação*, vistos pela velha tradição hermenêutica como atividades distintas”.²⁰⁰

Gadamer esclarece “que a “aplicação” não pode jamais significar uma operação subsidiária, que venha acrescentar-se posteriormente à compreensão: o objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica”.²⁰¹ Ou seja, a aplicação não é o ato de “ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular”.²⁰²

Considerando que os sentidos preliminares pelo sujeito em seu projeto inicial se relacionarão – mediante movimento circular de recíproca influência – com os sentidos emprestados historicamente ao objeto, a contar de um questionamento que ocorre no presente, não é possível atribuir à compreensão a característica de um fenômeno que se dá em abstrato, já que é inegável a conexão existente entre o ato compreensivo e aquilo que impulsionou o sujeito-intérprete nas voltas do círculo hermenêutico.²⁰³

Mesmo que o sujeito, em seu raciocínio, utilize-se de exemplos não reais, ainda assim haverá aplicação. Desse modo, quando o intérprete se confronta com um texto jurídico

¹⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 388-389.

²⁰⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 37 [itálicos no original].

²⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 57.

²⁰² GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 57.

²⁰³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 37.

(de uma lei, de uma decisão, da doutrina etc.), irá compreendê-lo de acordo com determinada situação, seja ela real ou imaginada.²⁰⁴

Versando sobre o ponto, Gadamer exemplifica de forma paradigmática o caráter aplicativo de toda compreensão valendo-se da hermenêutica jurídica e teológica, ao dizer que:

Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.²⁰⁵

Desta forma, não há que se falar em cisão de tais momentos, já que compreender (*subtilitas intelligendi*), interpretar (*subtilitas explicandi*) e aplicar (*subtilitas applicandi*) ocorrem num único ato, que Gadamer denomina de *applicatio*.

Assim, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário”, e o caráter normativo da lei que se apresenta em sua aplicação “não é, em princípio, diferentemente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto”.²⁰⁶

Joel Weinsheimer C. indica as consequências daí advindas para a hermenêutica jurídica ao apontar que:

[...] Gadamer toma a hermenêutica jurídica como o modelo para a unidade do interesse dogmático e histórico e também para a unidade da hermenêutica como um conjunto. É um modelo também para o modo como a tradição muda e posteriormente determina a si mesma pelo seu interior – quer dizer, pelo modo como compreendemos a tradição altera-se-lhe precisamente pelo pertencimento a ela. Compreensão pertence à tradição como aplicação (por exemplo, precedente) pertence ao sentido da lei. A lei não é criada pelos legisladores de uma vez por todas. É também ‘criada’ quando o juiz atua sobre ela, a aplica; e, assim, não há conhecimento da lei que exclua o conhecimento do precedente, a aplicação precedente da lei. Em uma aplicação que fixa um precedente, o juiz determina a lei, não apenas como era, mas como é e como será. Ele revisa a lei, não pela criação de uma nova lei, mas precisamente compreende a lei já em força. Essa revisão não é obviamente realizada fora da lei. O juiz não pode fixar seu entendimento fora da lei, porque ele também se sujeita a ela, não apenas em sua vida privada, mas também, e de modo especial, em seus julgamentos públicos e oficiais. Seu entendimento é governando pela lei que a ele é superior. Somente pode haver justiça se ele

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 21-22.

²⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 407-408.

²⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 409 e 410.

reconhecer essa superioridade e estiver tão constrangido que, mesmo revisando a lei, sua interpretação a ela pertença e seja sua única interpretação. Seu entendimento é lei precisamente porque pertence a ela e não porque é o pronunciamento arbitrário sobre um entendimento que seja a lei. De fato, nós podemos divorciar a lei de seu entendimento apenas em uma ditadura, na qual o ditador posta-se sobre a lei e pode entendê-la do modo que quiser. Mas isso não significa, de modo algum, que a esteja compreendendo.²⁰⁷

Disso é possível concluir que somente interpretamos, ou seja, articulamos discursivo-argumentativamente, aquilo que já previamente compreendemos, enquanto *entes* situados histórico-socialmente (tradição), e somente o fazemos por meio da aplicação do compreendido a uma determinada facticidade, responsável por nos impulsionar nas voltas do processo compreensivo. Isso requer que nossas pré-compreensões sobre o nosso próprio horizonte histórico e aquele do objeto sejam fundadas em pré-juízos autênticos, que nos conduzam a um projetar adequado face à coisa ela mesma.

É imensa a importância, para a hermenêutica jurídica, das realizações provenientes da hermenêutica filosófica gadameriana – em muito fundada na filosofia hermenêutica de Heidegger –, que tem como problema central a concretização da lei que é sempre geral e insuficiente, “não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis”, dada à “complexidade concreta de um caso particular”.²⁰⁸

Destarte, é possível concluir que a concretização do Direito dentro de um Estado Democrático jamais decorre da subjetividade do intérprete, a uma, porque é ele próprio *ente* inserido numa tradição que é, por definição, algo compartilhado, de onde é impossível emergir um cogito que lhe seja desindexado;²⁰⁹ a duas, porque o próprio Direito, em sua autonomia, é dotado de sentidos que lhe foram historicamente atribuídos, tratando-se, portanto, de linguagem pública,²¹⁰ cujos sentidos não podem derivar de uma vontade arbitrária.

²⁰⁷ WEINSHEIMER, Joel C. *Gadamer's hermeneutics: a reading of Truth and Method*. New York: Yale University Press, 1985, p. 194. Tradução para o português por Rodolfo Viana Pereira. In: *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 39-40.

²⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, 2006, p. 53

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 323.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar! In: *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>>. Publicado em: 08 fev. 2018. Acesso em: 27 fev. 2018; O aporte teórico dessa afirmação é o pensamento do segundo Wittgenstein. Em obra publicada postumamente em 1953, o filósofo austríaco naturalizado britânico nega a possibilidade de existência de uma linguagem privada, pela qual cada indivíduo poderia dar nomes às próprias sensações, como por exemplo, a sensação individual de “dor”, bem como às suas percepções mentais da realidade, como enxergar a cor “vermelha”, o que poria em questão a possibilidade de se conhecer a “vivência privada” de outrem, e assim, a própria comunicação (WITTGENSTEIN, Ludwig).

É precisamente neste ponto que reside a imprescindível relevância do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, que é uma garantia constitucionalmente assegurada (art. 93, IX, CF) aos jurisdicionados e à sociedade em geral,²¹¹ como *logos* processual em que deverão constar os fundamentos fático-jurídicos que conduziram o juiz a tomar a decisão, a fim de oportunizar a averiguação da autenticidade dos pré-juízos do intérprete-julgador, sobre os quais se fundam a decisão tomada.

2.5 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

De há muito se sabe que “as palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas”,²¹² decorrência de serem em boa parte plurívocas. Isto, todavia, não serve a legitimar a atribuição de sentidos pelo intérprete da forma que lhe convier (dogma voluntarista). É justamente dessa preocupação que exsurge a importância do problema hermenêutico na esfera do Direito.

Desde a publicação da obra de Carlos Maximiliano, intitulada *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, a hermenêutica jurídica clássica mantinha-se atrelada ao paradigma cientificista, apreendida, nesta esteira, como uma teoria para a interpretação correta do texto

Investigações filosóficas, 1994. p. 123-142). Nessa obra, o filósofo demonstrará através de uma série de argumentos que ficará conhecida como “o argumento da linguagem privada”, que a linguagem não cuida de “uma entidade fixa da qual se pudesse exibir a essência através de um simbolismo formal”, mas trata-se na verdade “de um caleidoscópio de situações de uso das palavras em que o contexto pragmático não pode mais ser eliminado”. Desta maneira, por “linguagem”, se compreende “um conjunto aberto de diferentes atividades envolvendo palavras, uma “família” de situações em que usamos palavras relativamente a circunstâncias extralinguísticas (MORENO, Arley R. *Wittgenstien: através das imagens*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1995, p. 15). Em sendo a linguagem um artefato público, cujas regras são estabelecidas historicamente, numa determinada comunidade linguística, não é factível seguir uma regra “privadamente”, visto que um regra, como a própria gramática – que determina as formas de uso das palavras – é o resultado de práticas históricas de uma determinada forma-de-vida, “que é nada mais, mas também nada menos, do que aquilo que a linguagem deve ter em comum se ela tiver que ser um meio efetivo de comunicação” (DALL’AGNOL, Darlei. *Seguir regras: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein*. Pelotas: Ed. da UPel, 2011, p. 112).

²¹¹ “A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir como um “privilégio” dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da motivação obrigatória e pública” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90).

²¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 358; “[...] vimos o aparecimento duma como que essencial ambiguidade nas significações das normas-prescrições jurídicas [texto da lei] – os seus sentidos nunca são unívocos, mas variáveis em função problemático-situacional e pragmática –, [...] também [...] reconhecemos que a essas significações normativo-prescritivas [do texto da lei] não lhes é menos essencial uma característica de vaguidade – a realidade ou os casos concretos da sua aplicação não se vêm nelas perfeitamente determinados e plenamente identificados e representados” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 134).

da lei,²¹³ e ainda hoje a palavra hermenêutica continua a ser “empregada pelos juristas-intérpretes como signo para designar as regras de interpretação”.²¹⁴

Seguindo esta corrente de pensamento, a principal função da hermenêutica seria a de fixar e sistematizar as regras ou cânones para determinar o sentido real da lei²¹⁵ – que conduziriam ora à vontade ou espírito do legislador (*mens legislatoris*), ora à vontade ou espírito da lei (*mens legis*)²¹⁶ –, com vistas à relação “entre o texto abstrato e o caso concreto, entre norma jurídica e o fato social”.

Seu objetivo seria o de garantir a aplicação do “sentido verdadeiro da regra positiva”, bem como propiciar ao intérprete os meios adequados para extrair “da norma tudo o que na mesma se contém”,²¹⁷ o que bem denuncia que a forma de pensar própria da metafísica ainda se faz presente nesse ramo do conhecimento.²¹⁸

Essa concepção a que se funda(va) a hermenêutica jurídica, implica automaticamente em entender que o intérprete seria um sujeito buscando conhecer e esclarecer o real sentido de um objeto (texto da lei), que ora repousaria na própria coisa, como um algo-em-si, ora adviria da “consciência de si do sujeito pensante”.²¹⁹ Em ambas as situações, a linguagem serviria como uma terceira coisa ou um instrumento que se interporia entre ambos.²²⁰

Via de consequência, a interpretação e a aplicação do texto da lei perfariam momentos distintos e subsequentes.

Primeiro o intérprete se valeria dos métodos de interpretação para alcançar “o verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação

²¹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.

²¹⁴ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 431.

²¹⁵ BUZAID, Alfredo. Apresentação. In: BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*. Cord. Alcides Tomasetti Jr. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. n. p; ANDRADE, Manuel A. Domingues de; FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria de interpretação das leis – Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armínio Amado, 1963, p. 128.

²¹⁶ Resultado do posicionamento de duas linhas teóricas diversa: uma subjetivista, que “[...] sustenta que o propósito decisivo da interpretação estará na averiguação da vontade do legislador (da vontade real, subjectivo-histórico ou histórico-psicológica do legislador) que se exprime no texto da lei: o objetivo essencial da interpretação seria o de reconstruir o real pensamento do legislador histórico (*mens legislatoris*) formulado na lei [...]”, e outra objetivista, que, ao contrário, “entende que a interpretação se deverá orientar para o sentido objectivamente assimilado pelo próprio texto da lei, para o sentido que autonomamente (i. é, com abstracção ou desligado do seu autor real) o texto legal é susceptível de encarnar e exprimir (a *mens legis* ou o norma jurídica do texto, enquanto *corpus* jurídico-significativo)” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica*, 1993, p. 98).

²¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2003, p. 8.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 90.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 299.

²²⁰ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 31

aos fatos ocorrentes ou silenciosa”²²¹ – o que bem demonstra o caráter ocasional da interpretação para esta concepção, vez que esta não teria lugar “sempre [que] a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa”²²² (*in claris non fit interpretativo; interpretario cessat in claris*). Num segundo momento, uma vez extraído dos textos normativos o seu verdadeiro sentido, este sentido seria, enfim, subsumido ao caso concreto em julgamento.

Importa ressaltar que esta separação entre interpretação e aplicação se assenta, por sua vez, em outra cisão, consistente na divisão entre questão-de-fato e questão-de-direito, segundo a qual, a atividade jurídico-decisória teria como tarefa preliminar o apuramento dos fatos da relação jurídica em julgamento, e, posteriormente, a determinação da lei como vontade abstrata à qual o fato está subordinado,²²³ para somente em seguida se torne possível acoplá-los por meio da subsunção.

A separação e contraposição entre o Direito e realidade (ser e dever-ser), própria do pensamento positivista, foi levada ao ápice da abstração por Kelsen.²²⁴ A teoria desenvolvida pelo jurista austríaco em sua obra mais famosa (*Teoria Pura do Direito*),²²⁵ tem como única preocupação a definição da forma de produção do Direito,²²⁶ e jamais o seu

²²¹ BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*. Cord. Alcides Tomasetti Jr. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 4.

²²² BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*, 1984, p. 4.

²²³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de; FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria de interpretação das leis – Interpretação e aplicação das leis*, 1963, p. 112; BUZAID, Alfredo. Apresentação. In: BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*, 1984. n. p.

²²⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução: Peter Naumann; Eurideds Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

²²⁵ É válido lembrar que a pureza defendida por Kelsen não se refere ao plano jurídico-pragmático (plano do ser), mas tão somente à ciência do Direito (plano do dever-ser), que, segundo ele, “se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1).

²²⁶ Referindo-se à separação, no âmbito científico, entre Direito e Moral, o que renderia àquele um caráter neutro, Kelsen afirma que “a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a forma” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 74). Esta independência que o autor atribui ao Direito com relação à Moral, assenta-se na capacidade daquele de autorregular a sua própria criação (princípio dinâmico), mediante normas que estabelecem o procedimento para a edição de novas normas, bem como a competência conferida à determinada autoridade para tanto. Assim, todas as normas jurídicas possuem (retiram) seu fundamento de validade de normas que lhes são anteriores/superiores, chamadas, por isso, de normas de estrutura (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 74). Estas últimas (normas de estrutura), por sua vez, retirariam seus fundamentos de validade de outras normas que lhes são superiores, e estas de outras a elas superiores, e assim sucessivamente até a norma fundamental: Constituição; esta, por sua vez, tem seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, uma pressuposição teórica criada por Kelsen no intuito impedir um regresso infinito na busca pelo fundamento de validade primevo (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 217). Imperioso pontuar que Kelsen usa, por vezes, o termo “norma fundamental” para se referir ora à Constituição, ora ao pressuposto teórico da norma hipotética por ele criada, o que requer maior atenção quando de sua leitura.

conteúdo, vez que ele não lhe atribui “qualquer objetivo concreto de promoção de interesses determinados, mas apenas a forma abstrata para alcança-los”.²²⁷

Para a teoria normativista de Kelsen, o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, “um sistema de normas que regulam o comportamento humano”,²²⁸ como um dever-ser. A norma, segundo esta ordem de ideias, forneceria um quadro ou uma moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.²²⁹ Para Kelsen, é justamente a existência de várias possibilidades de normas em aberto, dentro da moldura do Direito, a condição de possibilidade do processo interpretativo.²³⁰

Ainda segundo o jurista austríaco, a interpretação autêntica, isto é, aquela realizada pela autoridade competente, que tanto pode ser judiciária quanto administrativa, “não vai além da constatação, por assim dizer, do descobrimento de várias normas individuais equivalentes no quadro da norma geral”,²³¹ e em seguida, mediante uma decisão volitiva,²³² a escolha pela autoridade de uma dentre as diversas opções, a fim de instituir aquela que será aplicada, mediante a subsunção, ao caso concreto.

Por mais que, em *Teoria Pura do Direito*, o seu enfoque seja a ciência do Direito (plano do dever-ser), e não a prática jurídica (plano do ser), Kelsen “fica devendo todo e qualquer auxílio, para saber como determinar o quadro em si logicamente equivalente da ordem aplicanda da norma”.²³³ Por esse motivo, o conceito de norma que ele desenvolve “deixa em aberto o “como” se determina concretamente “a vontade da norma” diante de sentidos linguisticamente não unívocos”,²³⁴ o que conduz a impossibilidade de se controlar as decisões judiciais,²³⁵ já que o ato de escolha da norma aplicável somente poderia ser determinado “por meio de uma decisão metajurídica e político-jurídica do órgão aplicador da norma”.²³⁶

É justamente o reconhecimento da incindibilidade entre interpretação e aplicação e, por conseguinte, entre norma e facticidade, o ponto de ruptura entre a hermenêutica de cariz

²²⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 69.

²²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 5 e 33.

²²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 390.

²³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 31.

²³¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 30.

²³² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 429.

²³³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 32.

²³⁴ MIOZZO, Pablo Castro. *Intepretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 222.

²³⁵ MIOZZO, Pablo Castro. *Intepretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 222.

²³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 188.

filosófica e o paradigma representacional-metodológico,²³⁷ sobretudo porque é impossível saber das respostas antes de serem formuladas as perguntas. Em outras palavras, ao contrário do que defende o juspositivismo, não é possível acessar as respostas (normas) *ante factum*, tendo em vista que elas não estão contidas no texto da lei como dados prévios,²³⁸ o que corresponderia, hermenêuticamente, à equiparação entre norma e os textos normativos.²³⁹

Por isso, dar-se conta da superação da hermenêutica jurídica clássica, enquanto uma metodologia,

[...] implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, isto é, que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). As palavras não “carregam” o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização. Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica-filosófica – o ser é sempre o ser de um ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo.²⁴⁰

As dicotomias entre Direito e realidade, ser e deve-ser, não mais se sustentam ante a superação dos paradigmas tradicionais da filosofia (metafísica clássica e metafísica moderna), operada pela viragem linguístico-ontológica promovida pela filosofia hermenêutica (Heidegger), em muito levada adiante pela hermenêutica filosófica (Gadamer).²⁴¹

É por essa razão que a hermenêutica jurídica não pode continuar a ser definido como processo de descoberta da vontade intrínseca da lei ou do legislador,²⁴² já que os enunciados da lei não portam em-si-mesmos os sentidos a serem “desvelados”, como tampouco é – ou deveria ser – o intérprete um assujeitador dos sentidos, dotado da faculdade de atribuir-lhes de forma arbitrária, o que reduziria a hermenêutica jurídica a uma teoria ornamental do Direito, servindo apenas para cobrir os enunciados jurídicos com capas de sentido.²⁴³

Conforme demonstrado por Gadamer, não existe ato reprodutor de sentido (*Auslegung*), sendo igualmente impossível para o intérprete pôr-se no lugar do outro. Ao

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 430.

²³⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 444.

²³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 11 e 187; MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do Direito*, 2014, p. 220.

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 91-92

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 152 e 261.

²⁴² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*, 2001, p. 164.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 93.

contrário, o jurista sempre atribui sentido (*Sinngebung*) aos textos aos que se confronta, mediante a fusão de horizontes históricos: do passado, representado nos textos normativos, com aquele do presente, consubstanciado do próprio jurista. Fusão esse que se dá, invariavelmente, num ato aplicativo.²⁴⁴

Nesse sentido, a tarefa interpretativa do Direito consiste em concretizar a lei,²⁴⁵ atribuindo-lhe sentido, a cada vez, sem ocultar a tensão da fusão de horizontes, mas desenvolvendo-a de forma consciente.²⁴⁶

Partindo do fato de que tarefa interpretativa do Direito ocorre sempre por meio de sua concretização (*applicatio*), é que se pode constatar ser um equívoco afirmar que a norma jurídica possa ser construída de forma prévia e à revelia das especificidades do caso concreto, conforme defende as diferentes correntes juspositivistas.²⁴⁷

Essa é a razão para que a construção de respostas corretas em Direito só se faça possível mediante uma adequada compreensão acerca da estrutura normativa, o que pressupõe “um processo que vai *do texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídicos [...] teremos o resultado final da concretização”.

Daí, também, necessidade de “uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo”, já que “o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller)”. Por norma, portanto, não compreende apenas o texto isoladamente, mas a sua relação com o “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que os dispositivos legais só parcialmente são capazes de contemplar.²⁴⁸

Lado outro, uma teoria hermenêutica da norma jurídica precisa, ainda, enxergar a interpretação não como uma atividade ocasional, e logo, prescindível (*in claris cessat interpretativo*), mas elementar da atividade jurídica; ao passo que deve igualmente se atentar

²⁴⁴ Ressalta o filósofo que “[n]a verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 404) [itálicos no original]; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 299 e 300.

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 432.

²⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 405.

²⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11; *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 11

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.201 e 1.213.

para o intrínseco caráter aplicativo de toda e qualquer interpretação, que é sobremedida acentuado no âmbito jurídico, uma vez que a razão de ser do Direito reside em sua realização prática.

Assim, tal teoria “deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (=elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”.²⁴⁹

Antes de abordar a teoria da norma jurídica que mantém proximidade com a hermenêutica gadameriana, é preciso esclarecer que tal empresa se justifica na necessidade de esclarecer, e assim resolver, as insuficiências derivadas das incompreensões acerca do fenômeno jurídico e sua realização prática, que foram historicamente consolidadas “no senso comum teórico dos juristas”²⁵⁰ pelo normativismo kelseniano e o conceito de norma por ele apregoado.

Ao se turno, isso também se justifica pelo fato de que Dworkin, que é um dos marcos teóricos da presente pesquisa, não ter problematizado o conceito de norma. Não o fez, não por lapso de sua teoria, mas porque (conforme será esclarecido no item 3.4.2) inserido na tradição jurídica anglo-saxã, cujo conceito de norma não é aquele semântico, conforme propunha Kelsen em sua *Teoria Pura*, mas o de norma como interpretação.

Destarte, tratar aqui de uma teoria da norma jurídica que supere aquela que estabelece a norma como conceito semântico, tem por finalidade traduzir para a tradição jurídica romano-germânica a qual estamos familiarizados, já que inseridos, aquilo que foi revelado pelo giro ontológico-linguístico.

Pois bem, tais exigências são satisfeitas pela ampla teoria da norma desenvolvida pelo jurista alemão Friedrich Müller, considerado o pai do pós-positivismo,²⁵¹ que, opondo-se

²⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 1.213.

²⁵⁰ A expressão é cunhada e trabalhada por Luis Alberto Warat. O jurista argentino radicado no Brasil durante a ditadura militar na Argentina, afirma que [n]as atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas - os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisões e enunciação. [...] Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo compensar a compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da idéia de "senso comum teórico dos juristas" (WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1994). Conferir também: WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

²⁵¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 45.

ao dualismo entre Direito e realidade ao qual se funda o juspositivismo, e assim resgatando a realidade para e no Direito, ao defender que o processo efetivo da concretização prática do Direito se funda no postulado de que o Direito e a realidade não são grandezas que subsistem autonomamente, reconhece a unidade existente entre interpretar e aplicar a norma.²⁵²

Segundo Müller,

[e]m nenhuma ciência humana o momento da aplicação, quer dizer, da aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico, aparece tanto o primeiro plano como na ciência jurídica. Ainda que a aplicação seja parte constitutiva de toda a compreensão nas ciências humanas, conforme explanou Gadamer, a ciência jurídica seguramente não lida com configurações de linguagem que são também compreensíveis “em si mesmas”, mas com normas que pretendem “ter vigências” em combinação com sanções concretas no universo social, cuja normatividade está, portanto, assestada sem mediações na direção de áreas, conteúdos, reações sociais determinadas em cada caso.²⁵³

Autor da máxima de que “a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico)”,²⁵⁴ o jurista alemão supera o positivo legalista ao defender que a “norma jurídica [...] não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundamento”,²⁵⁵ como se fosse um dado prévio que orientasse a sua concretização, mas produzida apenas concretamente a partir de uma determinada facticidade.²⁵⁶

Uma vez que a interpretação da linguagem dos elementos e situações do mundo da vida (âmbito da norma) é elemento co-constitutivo da norma jurídica ao lado da interpretação dos dados linguísticos dos textos normativos (programa da norma), tem-se que a norma, longe de ser construída abstratamente, é, ao contrário, composta de facticidade e

²⁵² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 45.

²⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 45; Além das diversas referências ao longo da obra, já na introdução de livro *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller esclarece que o conceito por ele trabalho de *hermenêutica*, é aquele que dá Gadamer. Nas palavras do jurista: “[...] não entendemos aqui por “hermenêutica” o procedimento da arte retórica; muito pelo contrário, entendemos por “hermenêutica” o procedimento da concretização jurídica da leitura (constitucional) com vinculação, por princípio, à norma, em virtude das específicas exigências de vinculatividade no direito constitucional. Aqui se trata num primeiro momento menos de detalhes de métodos das regras exegéticas do que – igualmente a serviço da práxis jurídica – de condições de teoria da norma da concretização jurídica. Em correspondência com esse entendimento de “hermenêutica”, o pensamento jurídico orientado segundo problemas não é compreendido aqui no sentido da retórica. Sobre um novo conceito de hermenêutica nas ciências humanas, cf., sobretudo, Gadamer, *Wahrheit* cit. (v. supra, nota de rodapé 1) [...]” (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, p. 12. Nota de rodapé n. 02).

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 279.

²⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 20.

²⁵⁶ CHRISTENSEM, Ralf. Teoria estruturante do direito [p. 233-246]. In: *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241; KELLY, *hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 411.

historicidade, já que integrada pela tradição na qual é construída,²⁵⁷ vez que não é destacada da mundaneidade proveniente das peculiares circunstâncias caso concreto.

Também por isso, apesar da importância dogmática que a divisão possa ter – vista com maior nitidez no âmbito do Direito Processual –,²⁵⁸ é um equívoco afirmar a existência de uma cisão absoluta entre questão-de-fato e questão-de-direito, já que é imprescindível e inevitável a sua síntese.

Não há fato destituído de implicações jurídicas. Se assim fosse, seria este de todo irrelevante para o Direito, razão pela qual o Direito dele não se ocuparia. Tampouco é o Direito formado à revelia dos elementos fáticos, o que contrariaria a sua própria razão de ser, que é nada mais, mas também nada menos, que a sua realização prática.

Desta maneira, na vida jurídica, nenhum fato possui existência a não ser quando se torna matéria de aplicação pelo Direito; ao passo que o Direito é destituído de interesse, senão no momento em que se trata de sua aplicação ao fato.

Não à toa, em todo momento de sua atividade profissional, o jurista sempre pensa acerca de um fato (real ou imaginado) visualizando-o sob a ótica do Direito. E quando pensa o Direito, o apreende como meio voltado à sua concretização fática.²⁵⁹

Construir a norma, portanto, não é jamais encontrá-la depositada na generalidade dos textos normativos, como algo desde sempre pronto, mas equivale a produzi-la, “não a partir exclusivamente dos elementos do *texto*, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada”.²⁶⁰ Neste sentido, concretizar a norma significa construir a norma.²⁶¹

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2006, p. 78.

²⁵⁸ Mesmo aqui é preciso cautela. Não se deve esquecer de que o “[o] direito material funciona como ponto de partida para o direito processual, no sentido de se pensar o processo em direção ao direito material, mas, bem ao contrário, pensar-se do direito material para o direito processual” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *As relações entre o direito material e o direito processual* [p. 1-22]. In: *Questões processuais do novo código civil*. Rodrigo Mazzei (Coord.) São Paulo: Minha Editória; Vitória: ICE – Instituto Capixaba, 2006, p. 7). Esta interdependência entre Direito Processual e Direito Material serve também à lembrança do equívoco em se encarar o Direito de forma diversa de sua realização prática, já que, como bem pontua Gadamer, “[u]ma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 407-408).

²⁵⁹ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, cap. 1. item 1.2. subitem 1.2.7. [n. p].

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 2006, p. 78.

²⁶¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 223.

2.5.1 A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Para Müller, texto e norma não se confundem.²⁶² O texto de normas consiste no ponto de início e de referência para o processo de concretização hermenêutico-jurisprudencial das normas jurídicas, que nunca existem *ante causam*, posto que dele dependente.²⁶³ Por essa razão, defende o jurista alemão ser um equívoco afirmar a existência de normas jurídicas abstratas, já que os dados de linguísticos concernente aos fatos provenientes do caso decidindo são co-fundadores do conteúdo da normatividade,²⁶⁴ ao lado dos dados linguísticos provenientes do ordenamento jurídico, que ele denomina de âmbito da norma e programa da norma, respectivamente.

2.5.1.1 PROGRAMA DA NORMA (*NORMPROGRAMM*)

Por programa da norma se entende os dados linguísticos normativamente pertinentes que são construídos, a cada vez, a partir dos textos de normas. Compõe o programa normativo não apenas os dispositivos de lei, mas também as decisões judiciais e os textos prévios, tais como as exposições de motivos, as atas das reuniões plenárias do legislativo e assim por diante.²⁶⁵

Além disso, a normatividade manifestada em decisões práticas não é orientada linguisticamente unicamente pelo texto da norma jurídica concretizanda, haja vista que “[a] decisão é elaborada com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal [do texto] da norma, chegando mesmo a transcendê-lo”.²⁶⁶

Não há, todavia, que se confundir o teor literal dos textos normativos com o programa da norma, visto que este somente é construído na interpretação dos comandos jurídicos à luz do problema prático cotidiano que exsurge do caso concreto; Sustentar o

²⁶² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 46.

²⁶³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 198; SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 422.

²⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 218.

²⁶⁵ BARRETO, Lara Gomes Macedo. *Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller*. Dissertação de Mestrado. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2018, p. 37-38; SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 417.

²⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 55-56.

contrário seria incorrer no mesmo equívoco do juspositivismo, consistente em equiparar hermeneuticamente texto da norma e norma jurídica.

Para a teoria estruturante do Direito desenvolvida por Müller, textos de norma não equivalem a normas jurídicas, porque elas não estão nem previamente prontas nem simplesmente passíveis de serem aplicadas.²⁶⁷

2.5.1.2 ÂMBITO NORMATIVO (*NORMBEREICH*)

Elemento co-constitutivo da norma jurídica ao lado do programa da norma, o âmbito normativo (*Normbereich*) faz referência aos dados linguísticos concernente aos fatos provenientes do caso decidendo. Porém, não são todos os fatos que, de forma indistinta, integram o âmbito da norma,²⁶⁸ mas tão somente aqueles que seletiva e valorativamente foram destacados da realidade social pelo programa da norma.²⁶⁹ A generalidade dos dados reais do caso prático, compõe o que Müller denomina de âmbito material, de fato ou do caso.

De acordo com as circunstâncias específicas do caso decidendo (conjunto fático), o programa normativo identifica apenas os dados que possuem relevância para a solução do problema.²⁷⁰ Nos exatos termos do autor:

O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do "âmbito material", o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa [*Normativtatbestand*]. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude da sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica.²⁷¹

É importante ressaltar que o âmbito da norma pode ser inteiramente gerado pelo Direito, como é o caso das prescrições concernentes a prazos processuais, datas, disposições

²⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 148.

²⁶⁸ Apesar de partir de pressupostos teóricos distintos daqueles assentados na obra de Müller, Michele Tarruffo também ressalta que nem todos os fatos que compõem a narração processual são, indistintamente, juridicamente relevantes. A relevância jurídica do conjunto de fatos narrados pelas partes tem como critério seletivo a "norma" (que em termos da *Teoria Estruturante do Direito* de Müller corresponderia ao *âmbito da norma*) (TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v. 26. n. 2 [p.195-208]. jul./dez., 2010, p. 204. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/73bc042fd2c6cc9f87c4d151e4714dbc.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2019).

²⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 1999, p. 49; SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 418.

²⁷⁰ MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito*, 2014, p. 230.

²⁷¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 1999, p. 49.

quanto à forma, regras institucionais e procedimentais,²⁷² o que pode levar à errônea concepção segunda a qual o ato de concretização destes comandos ocorreria mediante a subsunção, vez que são “mais precisa e confiavelmente formuláveis no texto de normas do que os âmbitos de norma dos direitos fundamentais ou de normas principiológicas constitucionais”,²⁷³ que frequentemente integram o âmbito da norma elementos não-gerados pelo Direito.²⁷⁴

Nesses casos, “quanto mais uma norma é vinculada as realidades objetivas, *i.é.*, tanto mais o âmbito normativo contém elementos não produzidos pelo direito, quanto mais sua concretização necessitará dos resultados da análise do âmbito normativo”.²⁷⁵

Quanto a isso, é válida ressaltar que todo o ato concretização tem como ponto limite, como dito, o teor literal da prescrição normativa,²⁷⁶ haja este que é um parâmetro delimitador instituído pelos primados do Estado Democrático de Direito.²⁷⁷

Tal ponto da Teoria Estruturante “é fundamental para demonstrar que a importância dada à prescrição literal busca impossibilitar que a atividade produtora da norma jurídica possa sempre ser socorrida por elementos discricionários ou arbitrários”.²⁷⁸

Daí que, para que se garanta o respeito aos parâmetros de um Estado Democrático que conferem legitimidade ao Direito, é indispensável o respeito à legislação produzida segundo a ordem constitucional por aqueles que detêm legitimidade para tanto.

²⁷² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 1999, p. 48.

²⁷³ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, 2010, p. 58.

²⁷⁴ Em casos tais (âmbito da norma composto por elementos não gerados pelo Direito), a dificuldade em clarificar os seus sentidos aponta para o equívoco proveniente da ideia muito difundida na ciência e na prática jurídica segundo a qual, a característica diferenciadora entre regras e princípios seria a maior abstração, e logo, maior dificuldade em se precisar os limites semânticos destes (princípios) em comparação com as regras. Porém, na verdade, “[d]esde el punto de vista lingüístico, no hay diferencia entre reglas y principios. Las reglas, al igual que los principios, pueden ser ‘formuladas’ ambigua o inequívocamente. Muy a menudo, la formulación de los principios es más general que la de las reglas. Sem embargo, también las reglas son a veces vagas o de outra manera difíciles de dilucidar. Basta tan sólo recordar las normas flexibles o la llamada problemática de la textura abierta. En este respecto, las reglas pueden ser tan difíciles de interpretar como los principios. Cudndo más, pude haber una diferencia de grado entre estas dos categorías” (AARNIO, Auslis. *Lo racional como razoable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de estudos constitucionais, 1991, p. 143).

²⁷⁵ SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 419; ver também: MÜLLER, Friedrich *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 1999, p. 51.

²⁷⁶ “O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, *i. é.*, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Outro somente vale onde o teor literal for comprovadamente viciado. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito” (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*, 2010, p. 74-75).

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 281;

²⁷⁸ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 1. item 1.2. subitem 1.2.4.2. [n. p].

Do contrário, isto é, fosse o Poder Judiciário autorizado a esquivar-se ao seu bel prazer da literalidade das prescrições legais, a autonomia do Direito estaria de toda comprometida, visto que não subsistiria frente a interesses e visões morais subjetivistas do julgador, que agindo ilegitimamente, decidiria segundo a sua própria consciência, findando, assim, por “legislar” novos direitos jurídicos (*new legal rights*), para em seguida aplicá-los *ex post facto*, ou seja, retroativamente ao caso em questão,²⁷⁹ algo que é “incompatível com qualquer teoria plausível da Constituição”.²⁸⁰

Um cenário como esse, marcado pela ilegitimidade da atuação do Poder Judiciário, redução ou completa exclusão de qualquer nível de previsibilidade na regulação e expectativas de condutas, e via de consequência, de segurança jurídica, já que restariam violadas as garantias de autodeterminação e não surpresa dos litigantes, implicaria a vigência, ainda que veladamente, de um realismo jurídico, a partir do qual o Direito seria reduzido àquilo que o judiciário diz que ele é.

Todavia, a criatividade do julgador em atribuir sentido à lei não significa, em absoluto, que o Poder Judiciário possui a competência para atuar como um legislador togado, pois que a criação de leis é uma prerrogativa reservada àqueles que foram imbuídos desta esfera de competência pelo sufrágio universal.

Não sem razão, a interpretação que o juiz é instado a fazer da lei não é, por óbvio, destituída de parâmetros, livre, portanto, como que desimpedida de sofrer qualquer constrangimento por padrões previamente existentes, já que, como se verá no decorrer do presente trabalho, ela deve se conformar à história institucional do Direito, empreendimento público desenvolvido em cadeia (*chain novel*), cujos capítulos iniciais precedem a causa a que o julgador se confronta, e perdurará mesmo após ela ser resolvida, razão pela qual a resolução do caso-problema deve ser capaz de lhe garantir a continuidade da melhor forma possível.

Por estas razões, a fronteira extrema do teor literal das prescrições normativas não pode ser menosprezada pelo julgador, que tem o dever de aplicar a legislação em suas respectivas hipóteses de incidências.

O julgador somente deve se abster de aplicar uma lei na eventual existência de antinomia, ou ainda, caso a lei em questão não supere um controle de constitucionalidade. Em ambos os casos, tem-se que a não aplicação da lei ao caso-problema não decorrerá de um agir voluntarista por parte do Estado-juiz, mas sim porque, de um lado, a lei estará revogada (*lex*

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 168.

posterior derogat legi priori) ou terá sua aplicação excetuada (*lex superior derogat legi inferior e lex specialis derogat legi generali*); de outro, porque a lei encontrar-se-á destituída de validade jurídica, já que inconstitucional.

Portanto, a não aplicação da lei deve estar respalda, ou na existência de antinomias, ou na própria Constituição. Evidentemente que em ambos os casos o juiz deve explicitar de forma minudente, na fundamentação, as razões fático-jurídicas que o levaram a tal ato decisório.

Em resumo, isto implica dizer que o juiz somente poderá (poder-dever) deixar de aplicar a lei nas seguintes hipóteses:

(a) quando a lei for inconstitucional, não sendo aplicada ao caso na hipótese de controle difuso de constitucionalidade, e sendo declarada a sua invalidade por inconstitucionalidade em sede de controle concentrado;

(b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias, ressalvada a hipótese de a lei nova ser inconstitucional;

(c) nos casos de aplicação da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), situação em que os termos do texto da lei permanecerão inalterados, recebendo, contudo, um acréscimo de sentido para se conformar à Constituição;

(d) nas hipóteses de aplicação da nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual o dispositivo legal também não sofrerá alteração, contudo, haverá supressão de determinado sentido, cujo resultado é a subtração de uma ou mais hipótese de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa da norma;

(e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, caso em que o próprio programa normativo sofre alteração, ao ser retirada uma palavra a fim de manter a constitucionalidade do dispositivo.²⁸¹

Afora esses casos, ou seja, inexistindo antinomias, e sendo superada a análise da constitucionalidade da prescrição normativa, o julgador somente estará autorizado a não aplicar uma lei na eventual e comprovada situação em que uma regra jurídica ceder frente a um princípio constitucional.

Neste ponto, é quase impossível enfatizar suficientemente o fato de que o conceito de princípios jurídicos deve ser bem compreendido, a fim de que não seja confundido com aqueles de princípios gerais do Direito ou de princípios epistemológicos, como tampouco com metas ou fins sociais, econômicos ou políticos (argumentos de política). Neste último caso,

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 605-606.

pois que os direitos individuais dos cidadãos são verdadeiros “trunfos” que estes possuem em face do Estado e de maiorias eventuais,²⁸² que não admitem serem suplantados por razões de cunho utilitarista, razão pela qual, argumentos como o de “atender ao clamor popular ou que emana das ruas”, são plenamente destituídos de legitimidade jurídica e força normativa.

Tanto a diferença existente entre os conceitos de princípios; a causa pela qual adotamos os assim chamados princípios constitucionais, e ainda a diferença entre argumentos de princípios e argumentos de política, serão temas abordados amiúde no decorrer do presente trabalho (tópico 3.3 – subtópicos 3.3.1 a 3.3.3).

Feita esta digressão, é válido apontar que mesmo que “a norma seja diferente do texto normativo, o resultado alcançado pela atividade interpretativa deve obrigatoriamente ser comportável pelo programa normativo”.²⁸³ Müller destaca que, contudo, usualmente o âmbito da norma tende a apresentar tanto componentes criados pelo Direito como outros de origem não jurídica.²⁸⁴

Quando do confronto de um caso prático, o julgador se depara com a generalidade de fatos arguidos pelas partes, a que Müller chama de âmbito material (*Sachberich*). O âmbito da norma, por sua vez, “não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos”.²⁸⁵ Apenas aqueles dados de fato – situados dentro do conjunto que compõe o âmbito material – destacados pelo programa da norma integrarão o âmbito normativo.

Por esta razão, o intérprete, valendo-se de sua pré-compreensão – que inclui, além da sua pré-compreensão geral que possui enquanto ser-no-mundo, também uma pré-compreensão técnico-jurídica –,²⁸⁶ formulará hipóteses sobre a norma que considera como

²⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2000, p. 82.

²⁸³ ABOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 1. item 1.2. subitem 1.2.4.2. [n. p].

²⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

²⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, 2010, p. 59.

²⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 66; MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 240; “[...] como a realização de uma decisão jurídica se faz por um juiz, estão relacionadas decisão jurídica e realização da decisão jurídica com a sua compreensão, ou seja, com a própria historicidade da existência do indivíduo investido nesta função. Precisamente, aqui, portanto, a *Vor-Struktur* (pré-estrutura) ou a *Vorverständnis* (pré-compreensão) aparece não só como estrutura do *In-der-Welt-Sein* (ser-no-mundo), que vincula o ser compreendido à coisa que deve ser compreendida, porém também, como condição de possibilidade, no âmbito jurídico, do desenvolvimento da Ciência Jurídica e da concretização das normas jurídicas, já que isso depende do *Vorhabe* (ter-prévio), do *Vorgriff* (pré-conceito) e do *Vorurteil* (prejuízo) do jurista em relação ao mundo. Não obstante essa pré-estrutura ter como fio condutor a linguagem, isso não significa, porém, um retorno a um subjetivismo, porque a linguagem não pode ser concebida como um desenho prévio do mundo como produto da subjetividade, nem como o desenho de uma consciência individual, nem de um espírito típico, já que o intérprete antes de ter uma consciência hermenêutica tem de ter uma consciência histórica, que implica no ser consciente não só de que essa (pré-estrutura) se elabora pela tradição que tem esse fio condutor, porém, em ter de se livrar dos <<pre>> em sentido negativo” (SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*, 2000, p. 426) [itálicos no original].

“provavelmente pertinentes”,²⁸⁷ e delas realizará uma filtragem do conjunto dos dados linguísticos referentes aos fatos (âmbito material), descartando os irrelevantes e pincelando os imprescindíveis, que recebe a designação de âmbito do caso (*Fallbereich*).

Concluída esta etapa, o intérprete deverá o intérprete realizará uma filtragem dos dados de fato que integram o âmbito do caso, ao confrontá-los com o programa da norma, da qual apreenderá apenas os dados realmente relevantes segundo este, e com ele compatíveis, para enfim, obter o âmbito da norma (*Normbereich*).²⁸⁸

Findo este percurso, o intérprete construirá a norma jurídica por meio da relação entre o âmbito da norma (resultado da interpretação dos dados linguísticos referentes aos fatos) e o programa normativo (resultado da interpretação dos dados linguísticos dos textos normativos), e, num último passo, a individualizará na norma decisória: parte dispositiva da decisão.²⁸⁹

Tem-se, assim, que a complexa Teoria Estruturante do Direito desenvolvida por Müller, com grande proximidade com a hermenêutica filosófica de Gadamer, ao afirmar que apenas através da conjugação dos elementos estruturantes da norma jurídica, desenvolvida de forma dinâmica no trabalho efetivo dos juristas a partir do caso concreto, é possível obter a normatividade,²⁹⁰ ou seja, a “[c]oncretização da norma é *construção* da norma”,²⁹¹ finda por vencer as abstrações próprias ao juspositivismo, em prol do resgate da realidade pelo e no Direito, já que fenômenos indissociáveis.²⁹²

É grande o potencial de projeção dos postulados da Teoria Estruturante de Friedrich Müller sobre a prática jurídica, sobretudo quando demonstra o equívoco na equiparação hermenêutica entre texto e norma. Apesar disso, é preciso cautela para que a estruturação proposta para a concretização da norma, que serve para demonstrar que esta não é, jamais, construída em abstrato, à revelia do mundo prático, mas é resultado da relação dialética entre o programa da norma e âmbito da norma, enquanto elementos co-constitutivos da normatividade, não seja entendida como uma metodologia interpretativa, já que, como vimos há pouco, o compreender é um existencial (Heidegger) e também um acontecer

²⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição [p. 143- 159]. In: *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 151.

²⁸⁸ GOMES, Nestor Castilho. *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/93157/266448.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 04 dez. 2018., p. 72-73.

²⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição. In: *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 150-151.

²⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 16.

²⁹¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 233.

²⁹² ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 1. item 1.3. [n.p.]

(Gadamer), logo, não comporta ser cindido, como tampouco é dependente de método.²⁹³ Perder isto de vista poderia implicar “até uma real deformação do conhecimento”, como bem pontua Gadamer.

2.6 DE COMO FUNDAMENTAR PRECEDE O DECIDIR: O FUNDAMENTO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DA DECISÃO

Antes de iniciar a segunda parte do presente trabalho, no qual, a contar com as bases teóricas estabelecidas até aqui, adentraremos na tese da resposta correta ou adequada à Constituição, é preciso, antes, enfrentar um ponto de divergência existente entre aqueles que se debruçam sobre a temática concernente ao dever de adequada fundamentação das decisões judiciais, que consistente na seguinte questão: seria a tomada de decisão um ato distinto ao de fundamentar, sendo este um momento subsequente àquele? Ou seria a fundamentação a atitude de explicitar discursivo-argumentativamente os fundamentos que conduziram o juiz a tomar determinada decisão?

Para o processualista Michele Tarrufo, por exemplo, as ações de formular uma decisão e a de expor as razões pelas quais ela deve ser considerada como boa decisão são atividades distintas. Segundo o italiano, é possível que uma “decisão tomada intuitivamente, ou até mesmo em modo irracional, possa ser justificada *ex post* com argumentação racionalmente convincente. Como, ao contrário, uma decisão tomada através de um raciocínio racional possa ser justificada em modo inadequado, ou não ser justificada de fato”.²⁹⁴

Para esta linha de pensamento, motivar não se trata de explicitar o *iter* lógico ou psicológico que conduziu o juiz a tomar certa decisão, o que seria completamente irrelevante ao fim de aferir a racionalidade do discurso jurídico,²⁹⁵ pouco importando, assim, “quais foram os *motivos reais* que determinaram a decisão judicial nesse ou naquele sentido”.²⁹⁶ Fundamentar seria então, a ação de expor razões jurídicas que justifiquem a decisão

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012, p. 77.

²⁹⁴ TARRUFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica [p. 237-248]. In: *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. n. 5. 2015. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/51>> Acesso em: 29 abr. 2019, p. 246-247 [tradução livre].

²⁹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? In: *Revista de Processo*. v. 259 [p. 21 – 53]. Set., 2016, p. 05.

²⁹⁶ MARINONI, Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 424; No mesmo sentido: KOCHER, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. In: *Revista de Processo*. v. 244 [p. 59- 83]. Jun., 2015, p. 6.

previamente tomada, demonstrando aos litigantes e ao público em geral (controle *endo* e *extraprocessual*) a racionalidade das escolhas que motivam a decisão.²⁹⁷

Na defesa desta teoria, seus adeptos se fundam na distinção estabelecida entre contexto de descoberta (*context of discovery*) e contexto de justificação (*contexto of justification*). No campo jurídico, o primeiro deles consistiria no “procedimento com o qual o juiz formula a decisão final, mediante uma concatenação de escolhas, de hipóteses afastadas ou confirmadas [*trial and error*], de mudanças que intervêm no curso do processo, de elaboração e valoração que desencadeiam na decisão final”, enquanto o segundo seria o “raciocínio com o qual o juiz, depois de ter formulado a decisão final, organiza um raciocínio justificativo no que expõe as “boas razões” em função das quais sua decisão deve ser aceita como válida e compartilhável”.²⁹⁸

Nessa sequência, o juiz primeiro decidiria, para somente em seguida buscar os fundamentos para justificar a decisão, que podem até mesmo não coincidirem com “os reais motivos” que culminaram na decisão tomada.

Posicionando-nos em sentido contrário a esta teoria, acreditamos que é dever do julgador esclarecer o trajeto lógico por ele percorrido até chegar à decisão, sendo de todo “desprovida de interesse a circunstância de o juiz sair à busca de outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente”.²⁹⁹

Neste ponto, é preciso lembrar que a linguagem é formada por uma dupla estrutura.

Há uma consequência antidemocrática em se reduzir a validade da fundamentação aos limites de apenas um destes planos, qual seja, o *logos apofântico*, que cuida da expressão dos fenômenos através de locuções ou enunciados, em completo esquecimento do plano do não-dito, denominado por *logos hermenêutico*, responsável pelo projetar de sentidos preliminares por uma pré-compreensão interpretante das coisas do meio, ao nível do *Ser-aí*.³⁰⁰

Tal consequência diz respeito ao ato de se admitir, contrariando os primados do Estado Democrático de Direito, a hipótese em que o verdadeiro fundamento, ou seja, os “reais

²⁹⁷ TARRUFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: *Participação e processo* [p. 37-50]. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (Coord.). São Paulo: Revista dos tribunais, 1988, p. 48.

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor d. Paula Ramos. 4. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 16.

²⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: *Revista de processo*. v. 29/1983 [p. 79 – 81] jan./mar. 1983. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 6 [p. 233 – 236] out. 2011. RT Online, p. 02.

³⁰⁰ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*, 1999, p. 161.

motivos” que conduziram o julgador à decisão construída, sejam encobertos ou dissimulados por uma justificação posterior baseada em critérios jurídico-rationais.³⁰¹

Não é preciso rememorar aqui os pormenores daquilo que fora há pouco objeto de análise, bastando apenas pontuar que, em sendo todo ato interpretativo um projetar de sentidos, antecipados pelo intérprete (*Ser-aí*) a partir de seus pré-juízos, que por sua vez são frutos de sua situação hermenêutica, *i.e.*, histórica, tem-se que o fundamento – ou seja, os motivos que impulsionaram o intérprete nas voltas no círculo hermenêutico – é condição de possibilidade da decisão.

Admitir que o juiz oculte o percurso por ele percorrido, ventilando justificação que não compôs a trajetória racional que percorreria, é privar os jurisdicionados e a sociedade em geral da possibilidade de averiguarem se os sentidos atribuídos pelo julgador se fundaram, ou não, em pré-juízos autênticos. Isso, via de consequência, impediria o controle dos sentidos que foram atribuídos, ou seja, se eles se conformam, ou não, à “coisa ela mesma”.

Como já destacamos anteriormente (rever subtópico 2.3.1), a pré-compreensão que o *Ser-aí* possui não é de toda completa. É na verdade, um projetor preliminar, aberto às modificações, revisões e evoluções em prol de um padrão mais adequado. Isso quer dizer que, tendo o juiz encontrado o fundamento para a tomada de sua decisão, poderá, num segundo momento, aprimorá-lo, valendo-se de preceitos doutrinários e decisões pretéritas. Com isso submeterá o fundamento por ele construído à prova.

Agindo desta forma, terá o julgador a oportunidade de pôr em xeque seus pré-juízos a respeito da decisão e os seus fundamentos, podendo prevenir-se contra a “arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis”.³⁰² Em sendo este o caso, deverá abandonar este primeiro projeto para reelaborar um novo, mais adequado, o que pode levar um constante projetar e reprojetar de sentidos, até que chegue à resposta mais adequada ao caso concreto, consistindo nisso a boa circularidade hermenêutica.³⁰³

Por este motivo, temos que o direito fundamental dos jurisdicionados, e dever do juiz quanto à adequada fundamentação (art. 93, IX, CF), não será atendido por meio da simples justificação das decisões judiciais. Para que reste satisfeito o comando constitucional,

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. In: *Revista Opinião Jurídica*: Fortaleza. ano 15. n. 20 [p.160-179]. jan./jun. 2017, p. 168.

³⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 355.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito, 2017, p. 168.

em atenção à enorme responsabilidade política de seu ofício, deve o julgador demonstrar que a decisão tomada é a correta, já que lastreada em pré-juízos autênticos.³⁰⁴ Deve, também, indicar de que maneira tal ato jurídico-decisório compõe, como um novo ele de uma corrente (metáfora que será abordada com maior demora no capítulo a seguir), a história institucional do Direito, construindo-a da melhor forma possível.³⁰⁵

3 POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: HERMENÊUTICA, RESPOSTA CORRETA (OU ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO) E O COMBATE À DISCRICIONARIEDADE JURÍDICO-DECISÓRIA

Partindo da exposição acerca do caráter atributivo de sentido de toda compreensão – que ocorre por meio da pré-compreensão que o intérprete (ser-no-mundo) possui, cujo projetar de sentidos, para que se confirme na “coisa ela mesma”, deve se fundar em pré-juízos autênticos –, importa agora buscar conhecer as implicações desta realização para a atividade jurídico-decisória.

Tal análise, intimamente ligada ao dever de adequada fundamentação das decisões judiciais, que na vigência do Estado Democrático de Direito corresponde a um direito fundamental dos cidadãos e dever do Estado-juiz (art. 93, IX, CF/1988), tem como ponto alto o debate de há muito estabelecido entre a tese da existência de múltiplas respostas em Direito, que prevê um correlato poder discricionário de escolha conferido ao julgador para optar dentre uma delas, e a tese que defende haver apenas uma resposta correta para cada uma das causas trazidas à apreciação do Poder Judiciário.

Em outras palavras, questão que aqui se propõe enfrentar diz respeito à possibilidade de existirem múltiplas respostas em Direito, igualmente aplicáveis a um mesmo caso-problema, restando a um ato volitivo do julgador a escolha daquela aplicanda, ou se, ao invés disso, haveria uma resposta mais adequada, *i.é.*, correta, para o caso, não sujeita a um ato de escolha para ser alcançada.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito, 2017, p. 169.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 292.

3.1 A PROBLEMÁTICA DA (IN)DETERMINAÇÃO DO DIREITO E A APOSTA NA DISCRICIONARIEDADE: A ORIGEM DO PROBLEMA

O positivismo foi uma corrente de pensamento de postura científica que se estabeleceu de maneira decisiva principalmente no século XIX.³⁰⁶ Apesar das diversificações existentes,³⁰⁷ sua identificação como movimento coeso é possível em razão da existência de certos traços comuns, como por exemplo, o primado conferido à ciência como “único meio em condições de resolver, ao longo do tempo, todos os problemas humanos e sociais”, a partir da eleição do método das ciências naturais como único meio para a obtenção do conhecimento.³⁰⁸

Desta forma, buscava-se interpretar apenas os fatos “positivos” da realidade, ou seja, aquilo que seria passível de ser contado, medido ou pesado, e quando muito, de ser definindo através de um experimento.³⁰⁹

No Direito, foram os códigos os únicos eleitos como objetos dignos de serem interpretados, uma vez que apenas as leis objetivas cumpririam o requisito de mensurabilidade positiva. Nesse cenário, ao juiz era atribuído o dever de tão somente aplicar a lei, que já estaria previamente interpretada pelo legislador, “o que implicava inicialmente no método literal e, depois, no método sistemático, já que o direito era visto também como uma unidade de sentido”.³¹⁰

Por essa razão, a primeira fase do dogma positivista no campo do Direito recebeu a designação de positivismo exegético ou legalista, cuja razão histórica de seu surgimento corresponde ao advento da revolução francesa e a ascensão da burguesia, contexto que se revelou “necessária a elaboração de um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas, com capacidade para garantir uma maior segurança jurídica no desenvolvimento das relações capitalistas”.³¹¹

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2012, p. 83.

³⁰⁷ Tais diversificações ocorreram porque o positivismo “situa-se em tradições culturais diferentes: na França, (o positivismo) inseriu-se no racionalismo, que vai de Descartes ao iluminismo; na Inglaterra, se desenvolveu inserindo-se na tradição empirista e utilitarista e, em seguida, entrelaçando-se com a teoria darwiniana da evolução; na Alemanha, assume a forma de cientificismo e de monismo materialista; na Itália, com Ardigò, aprofunda suas raízes no naturalismo renascentista, embora dê seus maiores frutos, dada a situação social da nação recém unificada, no campo da pedagogia e também na antropologia criminal” (REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo até nossos dias*. v. 3. ed. 2. São Paulo: Paulus, 1991, p. 296).

³⁰⁸ REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, 1991, p. 297.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 35.

³¹⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 56.

³¹¹ LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo*. Revista dos Tribunais. v. 938/2013 [p. 365 - 389]. Dez. 2013, p. 4.

Tal projeto fundava-se na “convicção de que poderia haver um legislador universal com capacidade para aprovar leis válidas para todos os tempos e lugares”, ao ponto de reduzir “o ato interpretativo do juiz a uma análise meramente sintática”, consistente num “ato passivo e mecânico”.³¹²

Nesse cenário, as excepcionalíssimas situações em que as leis positivas se demonstrassem inadequadas à regulamentação do caso concreto, conceitos como o de analogia e o de princípios gerais do Direito, eram apreendidos como formas aptas à construção de um quadro conceitual rigoroso, na tentativa de evitar a contaminação da interpretação do Direito com dados transcendentais próprios ao jusnaturalismo,³¹³ refutados pela maneira positivista de interpretar a realidade.³¹⁴

Com o passar do tempo, todavia, veio à tona a insuficiência dos códigos em cobrir toda a realidade, trazendo consigo a revelação das limitações de todo o projeto cunhado pelo positivismo primitivo-exegético, cuja visão de otimismo romântico presumia “ter captado o princípio da realidade e o sentido progressivo absoluta da história”.³¹⁵

Com a constatação da indeterminação do Direito frente ao “esgotamento do método sintático-semântico de interpretação dos códigos”,³¹⁶ deu-se início ao segundo momento histórico, em que se buscou o aperfeiçoamento do rigor científico proposto pelo juspositivismo legalista. É precisamente nesse contexto, conhecido como positivismo normativista, em que surgirá a obra mais famosa de Hans Kelsen, denominada *Teoria Pura do Direito*.³¹⁷

A intenção do autor austríaco nunca foi a de aniquilar a tradição construída pela Jurisprudência dos Conceitos,³¹⁸ apesar de repudiar qualquer ligação a ela,³¹⁹ mas sim de avigorar a metodologia analítica proposta “pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o

³¹² LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta*, 2013, p. 4.

³¹³ NERY JÚNIOR, Nelson; ABBoud, Georges. *Noções Fundamentais sobre o pós-positivismo e direito*. Revista de Direito Privado. v. 53/2013 [p. 11-20] RT Online: jan. Marc. 2013, p. 3.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 32.

³¹⁵ REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, 1991, p. 593.

³¹⁶ LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta*, 2013, p. 5.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2012, p. 86.

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 33.

³¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 395; JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 69.

aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito”.³²⁰

Kelsen chegou à conclusão de que a problemática da indeterminação do Direito repousaria muito mais no plano da semântica do que no da sintática.³²¹ Vale lembrar que, conforme anteriormente indicado, há em Kelsen uma completa cisão entre a interpretação “aplicativa” do Direito, decorrente de um ato de vontade da autoridade – na qual a problemática da indeterminação dos sentidos ocorreria em razão do amplo espaço de mobilidade semântica em que se situa o intérprete quando da leitura dos signos linguísticos dos dispositivos da lei, devendo ele optar (dogma da vontade) por determinado sentido (norma) dentre os diversos disponíveis na “moldura normativa”, para definir qual deles será aplicado ao caso –, da interpretação científica do Direito, que, por sua vez, decorreria de um ato de conhecimento do cientista – que situado no plano da metalinguagem, declararia sentidos (proposições) acerca dos enunciados prescritivos da lei, segundo as regras da sintática.

Marcam tais atos interpretativos a intransponível incomunicabilidade entre si, haja vista a impossibilidade de se obter Direito novo (aplicável ao caso) por intermédio da interpretação cognitiva realizada pelo cientista do Direito.³²²

Mediante essas duas diferentes frentes – da ciência do Direito e da prática jurídica –, Kelsen realiza distintas apostas: no âmbito da ciência, apregoa que o “único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do Direito somente poderia ser realizado a partir de uma terapia lógica da ordem do *a priori*, que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso”,³²³ buscando, assim, construir uma epistemologia jurídica livre de tudo aquilo que lhe fosse estranho e pudesse comprometer seu rigor científico, consistindo nisso a “pureza” do objeto apregoadas por seu pensamento.³²⁴

Já quanto ao âmbito da prática jurídica, por acreditar que a resposta correta ao caso-problema se trata de uma ficção de cunho político-jurídica,³²⁵ Kelsen finda por entregar ao juiz o poder discricionário de escolher, num ato declarativo, os sentidos (normas) a serem

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 33.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 33.

³²² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 69.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 34.

³²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 1.

³²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 396.

aplicados ao caso concreto, dentre todos aqueles disponíveis na “moldura normativa”, e no limite, mesmo além dela.³²⁶

Com isso, é evidente que desde Kelsen se operou a superação do positivismo primitivo ou legalista, no que se refere à crença de que o juiz seria mero aplicador dos sentidos interpretados previamente pelo legislador. Daí por que repriminizar, hoje, discursos como o da *necessidade de superação do modelo de juiz boca da lei*, em nada acresce ao pensamento jurídico, não lançando qualquer nova luz à problemática de interpretação do Direito frente à problemática de sua indeterminação, vez que tais atos de falas se limitam à superação do positivismo exegético, o que já se operou desde as primeiras décadas do século XX.³²⁷

Ao apostar na discricionariedade, Kelsen “abandonou o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”, residindo nisso a “maldição” de sua tese”.³²⁸ Em sua tentativa de livrar o Direito de elementos que lhe são estranhos, o positivismo normativista “acabou não atacando o principal problema do fenômeno jurídico: a arbitrariedade dos aplicadores na interpretação do direito”,³²⁹ em nada auxiliando, conseqüentemente, a resolução da problemática concernente à concretização da norma aplicável ao caso-problema.³³⁰

A adoção da discricionariedade como componente integrante e indispensável do ato decisório não é, todavia, atributo restrito ao positivismo normativista de Kelsen, fazendo-se presente em outras diferentes propostas, a começar pelo Movimento para o Direito Livre,³³¹ passando pelo positivismo moderado (*soft positivism*) de Hart, pelo positivismo pós-hartiano, até chegar aos argumentativistas como Alexy.³³²

³²⁶ Kelsen apregoa 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” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996, p. 394).

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 8; LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta*, 2013, p. 5.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 34; *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2012, p. 87.

³²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Teoria da decisão judicial no código de processo civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?* Revista de Processo. v. 259 [p. 21-53]. RT Online, 2016, p. 2.

³³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 32.

³³¹ Apesar de não consistir em uma escola de jurisprudência propriamente dita, mas sim “uma dissidência da jurisprudência dos interesses, sem uma bandeira uniforme”, o Movimento Para o Direito Livre se define com base na ideia de que o juiz é a “figura central da atualização do direito estático diante de uma sociedade dinâmica”, precisamente por isso, “o protagonismo na criação do direito estaria com o juiz” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 69).

³³² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 8.

Porém, diferentemente de Kelsen, a aposta na discricionariedade por parte destas diferentes correntes de pensamento tem como propósito o de colmatar os espaços lacunosos ou as “zonas de penumbra”,³³³ que formariam os chamados “casos difíceis” (*hard cases*), que consistiriam em situações em que o direito positivo pré-existente se revela insuficiente, e, logo, incapaz de ditar qualquer decisão ao caso concreto, dando azo à criação do Direito pelo Estado-juiz de forma *ex post facto*.³³⁴

3.2 DE COMO O DIREITO NÃO ESTÁ LIMITADO AOS CÓDIGOS: O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO

A escolha da discricionariedade como forma para a definição dos sentidos da lei, e/ou para o preenchimento das lacunas que marcariam os casos difíceis (*hard cases*), resulta num sério problema de democracia, haja vista que atribuir a um restrito grupo de indivíduos não eleitos, e que por isso não se subordinam à vontade popular (e nem o deve),³³⁵ o poder de atribuir sentidos de forma discricionária à lei criada pelos representantes do Poder Legislativo, este sim, composto por indivíduos imbuídos de poder através do sufrágio universal, põe em xeque a legitimidade do poder coercitivo exercido pelo Estado sob a insígnia do Direito.

É precisamente essa a preocupação que levará o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin a criticar a aposta na discricionariedade – que para ele se trata de um mero ato de escolha, e nunca uma decisão imposta pela razão –,³³⁶ tomando como alvo a doutrina do positivismo, por meio de críticas ao pensamento de H. L. A. Hart.³³⁷

Para Dworkin, defender a discricionariedade seria o mesmo que dizer que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição [...] ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”, ou em outras palavras, seria o mesmo que afirmar que “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.³³⁸

³³³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 335.

³³⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 336.

³³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 132.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 428.

³³⁷ O autor esclarece já no início do livro *Levando os direitos a sério*, que sua pretensão é “lançar um ataque geral contra o positivismo”, valendo-se para tanto “[d]a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 36).

³³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 55 e 127.

Dworkin tece suas críticas à discricionariedade a partir do desenvolvimento de uma teoria pragmática do Direito³³⁹ – em oposição não apenas ao positivismo analítico de Hart, mas também à filosofia política utilitarista, ambas doutrinas dominantes à época –, para a qual, tanto a prática como a teoria do Direito se dirigem à resolução de conflitos sociais, cabendo a esta última o papel de auxiliar a tomada de decisões públicas mediante orientação da prática jurídica.³⁴⁰ Logo se constata, portanto, não haver em Dworkin, como ocorre em Kelsen, a cisão e a incomunicabilidade insuperável entre a teoria e a prática jurídica.

A teoria de Dworkin está firmada sobre a visão de que o Direito não é algo já pronto, como que esgotado em um catálogo exaustivo de regras e princípios,³⁴¹ como tampouco é, como defende Hart, dependente de uma regra de reconhecimento (arguilhão semântico),³⁴² aceita, como um fato social, mediante uma espécie de convenção,³⁴³ e que representaria o elemento unificador e garantidor da identidade jurídica, ao fundamentar todo o sistema,³⁴⁴ encarregada de definir “quais fatos ou eventos históricos, ou de outra natureza, tornam verdadeiras as alegações de direito”,³⁴⁵ o que em outras palavras consistiria em dizer que a validade, juridicidade e legitimidade das regras e dos princípios jurídicos dependeriam

³³⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 747; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas? critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos para alcançar a resposta correta*. Revista dos Tribunais. v. 276/2018 [p. 91-121]. Fev. 2018, p. 05.

³⁴⁰ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 12 [p. 155-176]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1992. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4b3d1>> Acesso: 12 fev. 2019, p. 158.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 492.

³⁴² Em artigo a respeito do debate mantido entre Hart e Dworkin (no qual se posiciona a favor do primeiro), Scott J. Shapiro resume bem o argumento do “arguilhão semântico” utilizado por Dworkin (tratado pelo jusfilósofo tanto em *Levando os direitos a sério*, 1999, p. 55 e ss., como na resposta ao pós-escrito de Hart em *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 199 e ss.). Em seu artigo, Shapiro sintetiza o argumento de Dworkin dizendo que “[o] arguilhão semântico é usado para explicar por que os positivistas exigem que os fundamentos da lei sejam determinados pelo consenso. Dworkin supõe que os positivistas insistem na ideia de consenso porque eles tacitamente se filiam a um critério semântico, segundo a qual, os conceitos apenas podem ser compartilhados se os critérios para sua apropriada aplicação forem igualmente compartilhados. Assim, um critério semântico para o conceito de lei exigiria que os membros da comunidade compartilhassem o mesmo conceito acerca do que é o Direito - e, portanto, ter um diálogo significativo sobre a lei - somente se compartilharem os mesmos critérios para a aplicação do conceito. Uma vez que os critérios para a aplicação do conceito de, digamos, a lei dos EUA são apenas os fundamentos do Direito norte-americano, um critério semântico exigiria que as comunidades compartilhassem os mesmos fundamentos do Direito para que, assim, compartilhassem o mesmo conceito de lei. Dworkin argumenta que o critério semântico é defeituoso precisamente porque é incapaz de explicar as divergências teóricas acerca do Direito. Este é o argumento do arguilhão semântico” (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: *The social science research network electronic paper collection*. n. 77. Michigan/U.S.: Michigan Law School, March 2007, p. 38. Nota de rodapé n. 58) [tradução livre].

³⁴³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin – Teórico do Direito. In: *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. Tomo Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito. 1. ed. 1. abr. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>> Acesso em: 08 mar. 2019. n. p.

³⁴⁴ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 111; 117 e 330.

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, 2010, p. 232.

exclusivamente de sua procedência³⁴⁶ ou *pedigree*,³⁴⁷ ao invés da racionalidade de seu conteúdo.

Para Dworkin, inexistente consenso acerca do que o Direito determina, não sendo raras as circunstâncias em que exsurtem sérios e profundos desacordos entre juristas e juízes sobre a questão.³⁴⁸

O motivo para tanto são os intensos embates teóricos travados acerca do Direito, que não são divergências meramente formais, mas substanciais e valorativas,³⁴⁹ que ocorrem porque, diferentemente do que propõe o juspositivismo, o Direito não é derivado de um simples fato social, como a legislação, decisões judiciais e/ou costumes sociais, mas se funda em considerações sobre a moralidade política que integram e fundamentam a história institucional que o constitui, que requer uma interpretação do conjunto de princípios³⁵⁰ que servem tanto para definir o conceito de Direito, como para conferir-lhe legitimidade.³⁵¹

Desta forma, as divergências acerca do Direito não se limitam àquelas concernentes às suas fontes ou procedimentos previamente estabelecidos para a sua criação, mas residem, também e determinadamente, em disputas concernentes à moralidade política sobre o qual ele está fundado,³⁵² que tem como característica determinante ser “intrinsecamente incerta e controversa”.³⁵³

Dado o seu caráter controversial,³⁵⁴ longe de se encontrar de todo finalizado, o Direito é um conceito interpretativo dotado de historicidade,³⁵⁵ que mantém intrínseca relação com a facticidade.³⁵⁶ Portanto, o raciocínio jurídico não se trata de um “exercício categorial,

³⁴⁶ CARVALHO NETTO, Melenick de. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

³⁴⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ronald Dworkin – Teórico do Direito*, 2017, n. p.

³⁴⁸ Nas palavras de Dworkin: “o argumento pressupõe que juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 127-128).

³⁴⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (doutorado). Universidade do Vale dos Sinos, 2014, p. 163.

³⁵⁰ Hart responde a crítica de Dworkin afirmando que a regra de reconhecimento nos moldes de sua teoria “pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a [sua] doutrina é aquilo que tem sido designado como <<positivismo moderno>> e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo <<meramente factual>>” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 312).

³⁵¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 332 e 334.

³⁵² SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed, 2007, p. 35 e 127.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 179.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 273; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 219 e 240.

³⁵⁶ ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 1. Subitem. 1.2.4.1 [n. p.].

um simples reconhecimento da (des)conformidade factual das regras”,³⁵⁷ mas é, antes, uma prática interpretativo-construtivista que leva em consideração o todo dos elementos que o integram,³⁵⁸ em busca de uma interpretação que possibilite a sua melhor construção possível,³⁵⁹ ou para dizer de outra forma, uma construção sob à sua melhor luz.³⁶⁰

Por isso interpretar o Direito não é uma atividade que se atém àquilo que está contido nos códigos, já que os textos jurídicos por si só nada dizem, mas demandam determinado enfoque para que obtenham significado.³⁶¹ Isso “torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos³⁶² públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”,³⁶³ vez que os textos normativos, em especial o da Constituição, que em geral expõem direitos numa linguagem extremamente ampla e abstrata, “fazem referência a princípios morais de decência e justiça”.³⁶⁴

Desta forma, dada a característica construtiva do Direito, cuja finalidade em seu espírito interpretativo – acerca tanto dos textos normativos quanto de sua própria história institucional – é alcançar a resposta correta, mediante o equilíbrio entre a boa-fé com relação às decisões políticas do passado e a coerção exercida no presente, em vistas do caminho para um melhor futuro.³⁶⁵

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 179.

³⁵⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?* 2018, p. 5; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 17

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. XI

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 112.

³⁶¹ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin, 1992, p. 160.

³⁶² É preciso esclarecer que *compromisso* não está aqui como *consenso* está para o positivismo (Cf. nota de rodapé n. 342). Por *compromisso* de sentidos, derivados da pré-compreensão, se quer dizer respeito, ou ainda, fidelidade devida à tradição autêntica ou história institucional do Direito. Em outras palavras, é afirmar o dever de coerência para com ela. É o acatamento à tradição, firmada sobre o todo coerente e íntegro dos princípios constitucionais, que assegurará o tratamento isonômico dispendidos aos indivíduos, e, assim, a cada caso concreto posto sob o escrutínio do Poder Judiciário, algo que “somente pode ser alcançado por um *holism* interpretativo, construído a partir do círculo hermenêutico” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 368) [itálico acrescido por mim]. Todavia, afirmar o dever de coerência ou compromisso à totalidade significativa assentada ao longo da história (*chain novel*), não é nem de longe sustentar a obtenção de um *consenso* acerca da moralidade política, que é, por sua vez, intrinsecamente incerta e controversa. Conforme aponta Dworkin, a linha de sustentação da moralidade da comunidade política “não é uma rua de mão única que conduz a algum princípio último que depende de aceitação” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 66). Esse é o motivo pelo qual “todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis, tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 02), função esta atribuída, segundo o sistema jurídico brasileiro atual, aos juízes e tribunais. Deste ponto exsurge o crucial papel desempenhado pela doutrina, consistente no “constrangimento epistemológico”, ou seja, no dever de “constranger as decisões judiciais fundamentadas a partir de argumentos solipsistas/voluntaristas [...]”, vez que “[é] papel da doutrina criticar os equívocos dos que detêm o poder de dizer e construir o Direito [...]”. E, por isso, uma doutrina jurídica crítica pode impedir que más decisões, compreendidas como fruto de uma racionalidade ideológica subjetivista/discrecionalária (ambas faces da mesma moeda), se repitam” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 43).

³⁶³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 492.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 2.

³⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 112 e 492.

Segundo Dworkin o Direito e a moral não estão separados, mas interligados.³⁶⁶ Para dizer de outra forma, há entre eles uma co-originariedade, já que enraizados sobre o solo comum formado pelo todo coerente de princípios que “institucionalizaram *stricto sensu* a moral no Direito (o ideal de vida boa, o “bom direito”), a começar pela sua produção de forma democrática (Constituição compromissória e dirigente)”.³⁶⁷

Esta é a razão para se afirmar que o Direito, enquanto um fenômeno social cuida-se de um ramo da moralidade política,³⁶⁸ no qual “a moral não é (mais) [tida como] uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está nesse “ponto de estofa” referida “ao direito gerado democraticamente” e juridicamente institucionalizado”.³⁶⁹

Outrossim, para que uma decisão judicial esteja justificada, a dizer, para que se assegure a legitimidade da coerção estatal exercida sob a insígnia do Direito, é indispensável que ela esteja pautada na integridade moral da comunidade política, de acordo com um agir íntegro, mantendo coerência com a totalidade de princípios que a constitui,³⁷⁰ já que a própria legislação é resultante do compromisso atual que a comunidade política possui para com os princípios que a institui,³⁷¹ o que implica na responsabilidade de tratar o Direito com a consideração que este empreendimento político impõe.³⁷²

Para além das regras jurídicas, existe uma constelação de princípios que inclinam a decisão judicial em direção da resposta correta, princípios estes que não estão materializados *a priori* em um texto normativo, seja da legislação infraconstitucional, da própria Constituição ou de um precedente, mas remetem à totalidade referencial de seus significados,³⁷³ que restam contidos na compreensão daquilo que é apropriado segundo a

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, 2010, p. 51.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*, 2014, p. 136.

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 179.

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In: *Revista Latino Americana de Direitos Humanos – HENDU* [p. 93-105] v. 1. n. 1. 2010, p. 99. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v1i1.374>>. Acesso em: 16 de mar. 2019; Em sentido contrário, Robert Alexy argumenta em favor da tese de que “a lei necessariamente levanta uma reivindicação de correção, e que essa reivindicação inclui uma reivindicação de correção moral” (ALEXY, Robert. The dual nature of law [p. 167-182]. In: *Ratio Juris*. v. 23. n. 2. June 2010, p. 168) [tradução livre].

³⁷⁰ ABOUD, Georges. *Discricioniedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. Subitem. 3.8.1 [n. p.].

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 413.

³⁷² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 239.

³⁷³ Isso implica dizer que a integridade do Direito não provém de apenas uma fonte, mas sim da somatória das diferentes dimensões que compõe juntos, o conceito de Direito: os provimentos vinculantes, as leis, a Constituição e também a doutrina (ABOUD, Georges. *Discricioniedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. item 3.8.1 [n.p.]; do mesmo autor: *Processo constitucional brasileiro*, 2016, p. 747).

moralidade da comunidade política que se desenvolve ao longo do tempo,³⁷⁴ sendo a reflexão profunda, ou a disposição a tanto, acerca do “vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos”,³⁷⁵ a condição de possibilidade para a existência de respostas corretas em Direito.

A partir desses apontamentos introdutórios já é possível constatar a crucial importância que os princípios, e a sua normatividade, possuem para a interpretação do Direito em prol da construção da resposta correta ou adequada à Constituição. Por esse motivo, antes de explorar os meandros desta que é a tese central do presente trabalho, seguindo ideia do Direito como integridade e coerência, fundado em padrões ou virtudes morais da comunidade política personificada,³⁷⁶ é necessário, primeiro, explicitar qual é o conceito de princípios jurídicos sobre o qual nos fundamos, tendo em vista a característica polissêmica desta palavra, que confere à toda pretensão de resposta unívoca quanto ao seu significado um caráter temerário, já que a “palavra [princípio] não designada, todas as vezes em que ela é empregada, a mesma realidade”,³⁷⁷ evitando, assim, a ocorrência de mal-entendidos.

3.3 SOBRE O QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE PRINCÍPIOS

Como há muito foi ressaltado pelo jurista alemão Josef Esser, em obra sobre a temática escrita em 1956, são diversos os significados atribuídos tanto pela teoria jurídica quanto pela jurisprudência ao conceito de princípios, sendo alguns deles: “princípios do direito, ideias diretrizes, pensamentos jurídicos gerais”.³⁷⁸ Ainda que dissonantes, quando não opostos entre si, por vezes é possível encontrar referências a diferentes conceitos em um mesmo discurso ou decisão judicial, num verdadeiro sincretismo conceitual.

Assim, conforme pontuado, considerando a importância dos princípios jurídicos à temática central do presente trabalho, incumbe-nos esclarecer o conceito sobre o qual nos fundamos. Para tanto, abordaremos brevemente três significados, em certa medida distintos, para o conceito de princípios, catalogados por Rafael Tomaz de Oliveira em monografia sobre

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 64.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Justiça de toga*, 2010, p. 72-73.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 204.

³⁷⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. A contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos. In: *Revista de Direito Comparado*. n. 3 [p. 227-243]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Maio 1999, p. 228.

³⁷⁸ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução: Eduardo Valentí Fioli. Barcelona: Bosch, 1961, p. 03 [tradução livre].

a temática,³⁷⁹ sendo eles: (i) princípios gerais do Direito; (ii) princípios jurídico-epistemológicos e (iii) princípios pragmáticos-problemáticos ou constitucionais.

3.3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

O conceito de princípios gerais do Direito está intimamente ligado ao período histórico no qual a ciência moderna firmava-se sobre bases sistemáticas. Neste período, a realidade sensível era posta em dúvida para ser submetida a uma posterior análise pelo cientista, por intermédio das lentes seguras da principal ferramenta da qual se valia o sistema: o método.

Como destaca Lenio Streck:

Com a ciência moderna do Direito não foi diferente e, desde o jusracionalismo do séc. XVII, os juristas pensam primeiro o sistema para, somente em seguida, pensar o mundo prático. No positivismo primitivo do séc. XIX o modelo sistemático é radicalizado, na medida em que seu ponto de partida deixa de ser a natureza humana e passa a ser um conjunto de textos organizados sistematicamente (movimento que será refletido nas codificações civis cujo marco teórico encontra maior representatividade no BGB alemão de 1900).³⁸⁰

Na esteira do que fora tratado no tópico precedente, os princípios gerais do Direito eram compreendidos como alicerces do sistema jurídico,³⁸¹ vez que utilizados como forma de solucionar os problemas causados pela insuficiência do modelo exegético-conceitual,³⁸² a partir da constatação da impossibilidade em se cumprir com o intento inicial de criar códigos capazes de prever e regulamentar, de forma completa³⁸³ e autossuficiente, todas as condutas

³⁷⁹ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

³⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 239-240.

³⁸¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1997, p. 676; Quanto à imprescindibilidade deste conceito de princípio para a manutenção do postulado de sistema jurídico, Josef Esser afirma que, segundo essa lógica, “[...] todos os princípios tendem à formação de um sistema e um esquema hierárquico lógico, pelo qual a "matéria" é reduzida a um mínimo de axiomas universalmente utilizáveis e praticamente fecundos, e de conceitos que se prestam à dedução” (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, 1961, p. 61) [tradução livre].

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 543; do mesmo autor: *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 239.

³⁸³ Bobbio conceitua a ideia de completude sistêmica afirmando que “um ordenamento é completo quando um juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema” (BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 115).

humanas passíveis de ocorrência. Nesse cenário, os princípios gerais foram concebidos para servirem como pautas gerais diretivas da normação jurídica.³⁸⁴

Assim enxergados, os princípios eram utilizados teórica e metodologicamente para o cumprimento de duas exigências em prol da “concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema”:³⁸⁵ num primeiro plano serviriam ao propósito de assegurar a plenitude normativa (auto-integração)³⁸⁶, “sendo articulados para *colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas*”, a exemplo do que prevê o art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB);³⁸⁷ e num segundo plano, serviriam para “*reduzir eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema codificado*”.³⁸⁸

A crítica a esse conceito – pelo menos no que tange à experiência continental, romano-germânica –, aponta para o fato de que os princípios de tal forma concebidos, estariam “impregnados por uma concepção de justiça e de moral influenciada por um nítido corte idealista”, segundo uma “aposta em um mundo paralelo, capaz de determinar por mimetismo a realidade vivenciada”,³⁸⁹ em que, em havendo dificuldade de adaptação entre o mundo real e o mundo idealizado previsto pelo sistema, seria a realidade fática aquela a ceder espaço àquela idealizada.³⁹⁰

Portanto, considerando que os princípios assim concebidos acabam por assumir uma posição secundária, ou seja, de aplicabilidade residual dentro do sistema a que serve de alicerce, excetuada todas as vezes em que houvesse uma regra clara que regulamentasse de forma satisfatória o caso (ausência de lacunas), bem como em razão de sua dependência para com as regras metódicas de lógica dedutivo-axiomática³⁹¹ que lhes são pressupostas, não pode ser este o conceito adotado pelo presente trabalho.

3.3.2 PRINCÍPIOS JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICOS

Diferentemente dos princípios gerais do Direito, que como visto acima, estão ligados à ideia de superação das situações lacunosas eventualmente constatadas no ordenamento jurídico, os princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, são compreendidos

³⁸⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 674.

³⁸⁵ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 33.

³⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1995, p. 156.

³⁸⁷ LINDB. Art. 4º. “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*” [itálicos acrescidos por mim].

³⁸⁸ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 33.

³⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 542-543; *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 239.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 543; *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 239.

³⁹¹ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 34.

na ordem do *a priori* como “elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica”,³⁹² cuja função seria a de possibilitar o seu estudo de maneira unitária e coerente.

Os princípios jurídicos assim conceituados comportam descrição em dois distintos níveis, diferenciando-se unicamente pelo grau de especialização: de um lado, há o nível epistemológico mais restrito, voltado às disciplinas específicas do Direito, como por exemplo, o Direito Processual, o Direito Civil, o Direito Constitucional, e assim por diante.

Neste primeiro caso, os princípios jurídico-epistemológicos serviriam para conferir unidade e coesão a cada uma dessas disciplinas jurídicas, graças ao estabelecimento de uma base epistemológica sólida.

De outro, o nível mais amplo e sofisticado, se volta a inteiros projetos epistemológicos, como serve de exemplo aquele desenvolvido por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura*.³⁹³

Conforme tivemos a oportunidade de abordar anteriormente, Kelsen desenvolveu, preliminarmente, seu projeto epistemológico sobre as bases de um “princípio metodológico fundamental”,³⁹⁴ dirigido a livrar a ciência jurídica dos elementos que lhe seriam estranhos, tornando-a, portanto, “pura”.

Todavia, conforme esclarece Geovany Cardoso Jevaux, o autor austríaco, no prefácio da segunda edição de seu livro, confere tratamento ao Direito não mais restrito a uma teoria pura, mas visando o estabelecimento de uma teoria geral do Direito, estruturada não apenas no “princípio metodológico fundamental”, mas também em diferentes outros, que aparecem no decorrer de sua obra “de uma forma não coordenada, como por exemplo: (i) o princípio da legitimidade [...] (ii) da efetividade [...] (iii) da inferência [...] (iv) da imputação.

Através deste último, Kelsen afirmará que o dever-ser de uma conduta corresponde a certas consequências jurídicas”,³⁹⁵ por meio do qual distanciará a ciência jurídica das ciências naturais, afirmando que “enquanto uma lei natural se expressa na fórmula se A é, B é [princípio da causalidade], a proposição jurídica se expressa na fórmula se A é, B deve ser [princípio da imputação]”.³⁹⁶

³⁹² OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 36.

³⁹³ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 36.

³⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1996. Prefácio à primeira edição, p. XIII.

³⁹⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 74 [Nota de rodapé n. 22].

³⁹⁶ CERNIO, Henrique Garbellini. *O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação – uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna*. Revista dos Tribunais. V. 928/2013 [p. 219-238]. Fev. 2013, p. 05

A crítica dirigida aos princípios jurídico-epistemológicos, motivo pelo qual não é possível a sua adoção por este trabalho, é a de que eles não possuem qualquer desempenho pragmático, além de serem desprovidos de legitimidade democrática para influir na decisão judicial, o que lhes retira, portanto, toda validade jurídica.

Acresce-se a isso o fato de que tal conceito de princípios faculta – como de fato tem sido feito – a sua utilização como ferramental teórico para discursos com pautas de correção, e no limite, álibis para a prolação de decisões para além dos limites semânticos dos textos normativos³⁹⁷ (teor literal da prescrição normativa), em violação a esta que é uma imprescindível barreira às possíveis variantes de sentido.³⁹⁸

Tal problema ganha ares dramáticos na experiência jurídica brasileira atual, quando se constata, como vem sendo denunciada por Lenio Streck, a ocorrência de uma proliferação desregrada de tais princípios, movimento este denominado pelo autor como “panprincipiologismo”, que possui o condão de acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito e também da força normativa da Constituição.³⁹⁹

Visando combater este problema, o jurista gaúcho propõe a tese da descontinuidade, pela qual defende que os princípios constitucionais emergentes da tradição do pós-guerra, representam uma ruptura com os modelos de princípio anteriores, ao sustentar que os princípios constitucionais instituem o mundo prático no Direito, sobre o qual se funda o dever do juiz e dever fundamental dos cidadãos à resposta correta ou adequada à Constituição.⁴⁰⁰

3.3.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A noção de princípios jurídicos constitucionais tem origem com a constatação da fragilidade do Direito frente à política, conforme revelado pelas experiências históricas das duas grandes guerras, estando por isso imbricado, de forma imanente, à problemática concernente a necessidade de garantia da autonomia e da legitimidade do Direito.

Após o fim da segunda Guerra Mundial, o Direito e as teorias jurídicas vivenciaram um movimento de forte radicalização do dirigismo compromissário, instituidor de um novo modelo de justiça constitucional, que resultou na ampliação do espectro de intervenção jurídica, que passou a abarcar espaços anteriormente reservados apenas ao

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 538.

³⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*, 2010, p. 74.

³⁹⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2011, p. 538.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*, 2011, p. 540.

interesse privado,⁴⁰¹ o que levou ao acirramento da tensão existente entre esses dois polos constitutivos da vida pública (Direito e Política), cuja discussão alcança, indelevelmente, o papel contramajoritário desempenhado pela jurisdição constitucional.⁴⁰²

Nesse cenário de ruptura instaurado pelo “constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra”,⁴⁰³ a busca pela re-afirmação da legitimidade do Direito culminou no abandono da limitante zona de legitimidade estritamente política de criação-constituição do Direito-lei, para voltar-se “ao problema do fundamentovalidade constitutiva do Direito enquanto Direito”.⁴⁰⁴

Num cenário de irreversível superação ao ideal do positivismo primitivo, deu-se a instituição, em definitivo, da existência de um Direito (*ius*) constituído por elementos normativos distintos da lei (*lex*) ou para além dela.⁴⁰⁵ Não apenas, mas a própria lei é uma “decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política”.⁴⁰⁶

Desse modo, os princípios jurídicos, “agora associados à Constituição e a toda sua carga política de conformação de uma possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais”,⁴⁰⁷ passaram a ser integrados por forte elemento pragmático,⁴⁰⁸ responsável por reconduzir toda a atenção que antes estava depositada no elemento abstrato-sistemático, na direção da atividade concreta do juiz, que deixou de se limitar à mera dedução de conceitos, para assumir o posto de justificação

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 66.

⁴⁰² OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 33.

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 419 e 431.

⁴⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise filosófica: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 104.

⁴⁰⁵ OLIVERA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 40.

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 413.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 240.

⁴⁰⁸ Pioneiro na teorização do caráter pragmático (ou problemático) dos princípios jurídicos, Josef Esser sustenta que “os princípios de valoração e ordem que a prática desenvolve, inventa ou pretende extrair da lei [...] são descobertos sempre mediante um problema específico. Com isso, argumenta ele que é o problema, e não o “sistema” em um sentido racional, o que constitui o centro do pensamento jurídico” (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, 1961, p. 9) [tradução livre]. Desta maneira, para Esser, “os princípios não se aplicam em qualquer contexto, mas sempre em um contexto concreto e em razão e nos limites deste contexto (GALUPPO, Marcelo Campos. A contribuição de Esser para a reconstrução do conceito de princípios jurídicos, 1999, 229). Todavia, em que pese a importância da obra de Esser para o estudo dos princípios jurídicos, a denominação de “problemáticos” por ele atribuída ao conceito não pode ser aceita de forma acrítica, a fim de evitar conflitos com as bases teóricas sobre a qual se funda o presente trabalho, já que, diferentemente do presente estudo, a abordagem do jurista alemão muito provavelmente foi influenciada pela tópica de Viehweg (Cf.: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteórica. In: *Revista da faculdade de direito da UFPR*. v. 45. n. 0 [p. 37-73]. Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, 2006, p. 47).

jurídico-decisória, consonante “aos critérios supralegais de valoração que surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica”.⁴⁰⁹

Dado o caráter histórico-cultural que constituem os princípios jurídicos constitucionais, não é outro o local de sua expressão senão o interior de uma determinada experiência jurídica compartilhada, razão pela qual se dá a impossibilidade de eles sejam criados *ad hoc*.

Também a sua normatividade, elemento que os distingue dos demais conceitos abordados acima, emerge da “convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”.⁴¹⁰ É essa convivência a base para o possível e necessário controle (intersubjetivo) dos sentidos que lhes são historicamente atribuídos, além da manutenção de seu caráter deôntico, que depende da compreensão compartilhada pela comunidade daquilo que é apropriado,⁴¹¹ segundo a moralidade político-constitucional que legitima o Direito.⁴¹²

Provenientes na mundaneidade do convívio intersubjetivo que ocorre no seio social, os princípios jurídicos constitucionais “instituem o *mundo prático* no direito”, razão pela qual sua normatividade propicia o “‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais”.⁴¹³

É através da interpretação do fenômeno jurídico segundo o contexto histórico-social de nossa cultura política, e não de uma moral política abstrata e atemporal,⁴¹⁴ que advêm o principal e enorme ganho qualitativo para o Direito, na medida em que é atribuído ao Estado-juiz o dever de decidir de forma correta, ou seja, de maneira íntegra ao conjunto coerente de princípios que institui e legitima a tradição autêntica (história institucional) do Direito.

3.4 SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS: É POSSÍVEL UMA JUSTAPOSIÇÃO ENTRE AS TEORIAS DE DWORKIN E ALEXY?

Esclarecido o conceito de princípios aqui adotado, bem como as razões que os diferem tanto dos princípios gerais do Direito quanto dos jurídico-epistemológicos, cabe-nos agora aprofundar a análise da temática, estudando a relação que eles mantem com as regras.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 241.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 243.

⁴¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 58 e 64.

⁴¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 197.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 540.

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 260.

Realizaremos esta tarefa confrontando a abordagem de dois postulados teóricos distintos, cunhados por dois dos autores mais influentes sobre a questão: Robert Alexy e Ronald Dworkin. A razão para tanto se dá porque, apesar da grande dissonância existente entre as teorias desenvolvidas pelos referidos autores, há recorrente associação (justaposição) de ambas, como se os conceitos de princípios e a relação mantida entre eles e as regras fossem equivalentes segundo ambas as teorias.⁴¹⁵

Por todos, destacamos a defesa de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos pela conjugação dos pensamentos de Alexy e Dworkin acerca dos princípios jurídicos, ao ponto de afirmarem que esta associação constituiria “o conhecimento convencional na matéria”.⁴¹⁶

Não bastasse essa proposta doutrina, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) de certa forma também posicionou ambas as teorias como equivalentes, ao prever a “ponderação de normas” [sic] no art. 489, §2º fazendo, assim, evidente referência à teoria de Alexy, ao passo que se valeu da terminologia dworkiniana ao prescrever que os Tribunais deverão manter estável, íntegra e coerente a sua jurisprudência (art. 926, *caput*).⁴¹⁷

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 141.

⁴¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O conceito da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro [p. 327-378]. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. (Org.) Luís Roberto Barroso. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

⁴¹⁷ Atentos à incompatibilidade entre as bases teóricas que dão embasamento aos artigos do CPC: 489, §2º (Alexy) e 926 (se este for interpretado à luz da teoria de Dworkin), Alfredo Copetti Neto e Hermes Zaneti Júnior apresentam uma sugestão de solução para a problemática concernente à falta de coesão interna do Código quanto ao ponto (COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In: *Derecho y cambio social*. Pero/Lima. v. 46. año XIII, 2016, n.p). A proposta trabalhada pelos autores é a convergência, sem identidade absoluta, entre as teorias de Dworkin e MacCormick, para desfazer a “atração” entre os deveres de *integridade* e *coerência* previstos pelo art. 926, com uma “*filosofia jurídica muito forte*” (Dworkin), em especial no que se refere à teoria da única resposta correta. No artigo, os autores pontuam que é preciso dar “um sentido às palavras que garanta a consistência interna à lei”, e elegem a *ponderação* e/ou *proporcionalidade* (art. 8º e art. 489, §2º, ambos do CPC) como pedra angular do Código, ao menos quando posto em confronto com a leitura dworkiniana do art. 926, CPC. Ora, em que pese o mérito dos autores em se debruçarem sobre questão de tamanha importância, constatar a incompatibilidade entre os aportes teóricos (Alexy vs Dworkin) é apenas apontar para a existência do problema, e não fornecer uma proposta de solução a ele. Ademais, os autores não especificam as razões pelas quais, dado o confronto, a leitura dworkiniana do dispositivo legal deveria ceder frente àquela alexyana. A partir disso é possível indagar se realmente teria o Código de Processo Civil tornado a lei de ponderação uma metódica decisória de observância obrigatória, capaz de, assim, afastar a tese da única resposta correta da nossa tradição jurídica. Sendo este o caso, quais serão as consequências de seu descumprimento? Ou seja, em havendo colisão entre princípios, estará o julgador obrigado a aplicar a lei de ponderação nos termos estabelecidos por Alexy, para que se dê a solução do caso-problema? E caso o julgador não o faça, partindo de aporte teórico diverso, digamos, por exemplo, Dworkin (valendo-se inclusive da redação do art. 926, CPC, como embasamento), será sua decisão nula em razão de *error in procedendo*? Ainda quanto a isto, e levando em consideração a miscelânea de proposta teóricas na doutrina brasileira acerca da ponderação (há vozes que defendem, inclusive, a possibilidade de regras serem ponderadas. Ver: nota de rodapé n. 447), é de se questionar: a decisão que, na esteira destas teorias, pretender ponderar regras – o que, ao menos em tese, está acobertado pela redação do art. 489, §2º, CPC –, será passível de reforma caso o Tribunal entenda, com base em Alexy, que regras não entram

Todavia, em que pese a proposta de justaposição do pensamento dos referidos autores,⁴¹⁸ e, ainda, levando-se em conta o fato de que o pensamento de Dworkin serviu de inspiração para a estruturação teórica sobre a temática por parte de Alexy,⁴¹⁹ não é de se perder de vista a grande divergência teórica existente entre eles,⁴²⁰ o que tornam inconciliáveis as suas teorias, e temerária a proposta de uni-las como se equivalentes fossem, conforme buscaremos demonstrar nas linhas que se seguem.

3.4.1 O CONCEITO DE NORMA SEGUNDO ROBERT ALEXY: AS ESPÉCIES NORMATIVAS E O MODO DE RESOLUÇÃO DE EMBATES (CONFLITOS E COLISÕES)

De acordo com a teoria de Alexy, partindo da análise semântica dos enunciados ou disposições legais, é possível apreender duas espécies distintas do gênero norma: regras e princípios.⁴²¹

Conforme esclarece o jurista, os princípios jurídicos são o caráter normativo que os direitos fundamentais assumem quando positivados, já que eles “são essencialmente

em colisão, razão pela qual não se submetem à ponderação? (Mais sobre a questão conferir em: STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! In: *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta#_ftnref> publicado em: 08 jan. 2015. Acesso em: 21 mar. 2019). Disto conclui-se que, apesar de o Código sofrer de uma preocupante esquizofrenia teórica, que fora adequadamente diagnosticada pelos autores em comento, não é possível acolher a solução por eles fornecida, sobretudo devido às razões teóricas contrárias à regra matemática da ponderação que foram expostas ao longo deste trabalho. Por fim, é válido o destaque à resposta de Geovany Cardoso Jerveaux e Hermes Zaneti Júnior aos críticos da redação do art. 489, §2º, do CPC, no que tange à menção à ponderação de “normas”, ao invés de ponderação de “princípios”. Segundo os autores, tais críticas não subsistem, vez que para afastá-las: “a) basta interpretar o termo norma como apenas normas-princípio, conferindo interpretação conforme; b) quando estivermos diante da colisão entre um princípio e uma regra contraposta, basta aplicar também as noções de caráter *prima facie* das regras (observância de sua prevalência em face do princípio democrático e do processo legislativo) e de ponderação de regras a partir de seus princípios fundantes. Isso porque, após a superação do seu caráter *prima facie* das regras é possível a ponderação entre o princípio contraposto e o princípio que está na base da regra” (Controle difuso no novo CPC, 2017, p. 331).

⁴¹⁸ No mesmo sentido daquele defendido por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, p. 41-52, e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 68 e ss. Este último, ao tratar do embate (que ora chama de conflito ora de colisão) entre princípios, realiza uma justaposição entre as teorias de Dworkin e Alexy, ao aparentemente indicar que tanto Dworkin quanto Alexy propoariam uma idêntica forma de resolução do “choque” entre princípios.

⁴¹⁹ ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e regras: diferença em debate [p. 292-307]. In: *Revista Opinião Filosófica*. v. 5. n. 1. Porto Alegre, 2014, p. 298.

⁴²⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 141.

⁴²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

direitos humanos transformados em direito positivo”.⁴²² Como consequência desta transformação, há uma adição de uma validade jurídica positiva aos direitos fundamentais, sem que isto lhes retire a sua validade moral.⁴²³

Fica claro que para o jurista alemão o conceito de norma é um *a priori*. Apesar de depender de um ato interpretativo para que seja possível conhecer qual dentre as duas modalidades normativas (regras ou princípios) os dispositivos de direitos fundamentais enunciam, já que eles nada dizem acerca de seu conteúdo, ou seja, “sobre se no texto se contém um princípio ou uma regra, tudo dependendo do significado dado ao texto”,⁴²⁴ é possível efetuar uma descrição pormenorizada, antecipada e analítica sobre as características estruturais de ambas as espécies normativas, individualizando-as, mesmo que abstratamente.⁴²⁵

Desse modo, conforme enumera didaticamente Geovany Cardoso Jevaux, para a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy, regras e princípio se diferem a partir (i) da generalidade; (ii) do grau e qualidade; (iii) da natureza deontica dos direitos envolvidos, e (iv) pelo modo em que são resolvidos os embates passíveis de ocorrência: colisões e conflitos.⁴²⁶

No que tange o primeiro critério de diferenciação, Alexy sustenta que os princípios são “normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.⁴²⁷ Isso porque os princípios não estão imediatamente relacionados “com as possibilidades dos mundos fáticos e normativos”,⁴²⁸ diferentemente das regras, cujo estado de aplicação nasce já pronto.

Dessa forma, enquanto as circunstâncias de aplicação das regras já foram previstas de forma prévia, o estado de aplicação dos princípios, ao contrário, é dependente de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas.⁴²⁹

⁴²² ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na casa de Rui Barbosa em 10.12.1998. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, p. 06.

⁴²³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição [p. 55-66]. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro. n. 215. jul./set. 1999, p. 62.

⁴²⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015, p. 122.

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 549.

⁴²⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 124-125.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 87.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 108.

⁴²⁹ JEVEAUX, *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 125; Quanto ao ponto, Alexy faz um importante adendo para o fato de que “[a] existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 109).

As espécies normativas também se diferem pelo critério de grau e qualidade, este último intimamente ligado ao critério concernente à natureza deôntica dos direitos envolvidos.

As regras jurídicas, que são aplicáveis por meio da subsunção, se perfazem, para o jurista alemão, em comandos definitivos ou absolutos, motivo pelo qual “se uma regra tem validade e é aplicável, é um mandato definido e deve fazer exatamente o que exige”,⁴³⁰ não mais e não menos,⁴³¹ pois já possuem “uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”.⁴³²

Os princípios jurídicos, por outro lado, são normas que “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁴³³ Assim, eles não contem comandos definitivos próprios das regras, mas apenas *prima facie* ou relativos, instituindo “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”,⁴³⁴ ao passo que requerem que algo seja realizado na maior medida possível.⁴³⁵

Como em Alexy a norma jurídica é um conceito semântico, a sua construção ocorre exclusivamente por meio dos dados linguísticos dos textos normativos, sem levar em consideração, portanto, os dados linguísticos concernente aos fatos, que dão conta das especificidades do caso decidendo. O equivale a dizer que o conceito de norma trabalhado por Alexy decorre unicamente do plano sintático-semântico, prescindindo por completo do plano da pragmática.

Desta forma, chamando aqui a atenção para a espécie normativa dos princípios, tem-se que o comando de otimização neles consubstanciados, se movimenta em abstrato no ordenamento jurídico, uma vez que esta espécie normativa ocupa uma posição hermética, distante da realidade mundana, ilesa, portanto, a qualquer influência desta. Ou seja, a facticidade é incapaz de influir em qualquer extensão sobre o seu conteúdo,⁴³⁶ e apenas num momento em que os princípios se encontram já de todo prontos, é que dois planos se

⁴³⁰ ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos Bernal; MORESO, José Juan; SANCHÍS, Luis Prieto; CLÉRICO, Laura; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde; CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón; GIL, Rúben Sánchez; MESA, Gloria Patricia Lopera; SANTAMARIA, Ramiro Avila. *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Ministro de justicia y Derechos Humanos, Equador, 2008. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019, p. 14 [tradução livre].

⁴³¹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998.

⁴³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 104.

⁴³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 103-104.

⁴³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 117.

⁴³⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. In: *Ratio Juris* [p. 131-140]. v. 16. n. 2. Jun. 2003, p. 135.

⁴³⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 135.

relacionam, momento em que o conteúdo dos princípios construídos de forma abstrata será aplicado sobre o caso-problema em julgamento.

Via de consequência, quando da transposição desses comandos de otimização “do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real”,⁴³⁷ isto é, da abstração (âmbito teórico) à concretude (âmbito prático), ocorrem as inevitáveis, apesar de eventuais, situações de embates ou tensões entre esta espécie de norma, que demandam “decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou, em outras palavras, da fixação de relações de preferência”,⁴³⁸ com o objetivo de definir “qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*”.⁴³⁹

É justamente daqui que exsurge, no pensamento de Alexy, outra forma de distinção das espécies normativas, consistente no modo de resolução de eventuais embates passíveis de ocorrência.

Tal distinção começa desde a própria terminologia utilizada pelo autor, já que para ele, enquanto as regras entram em *conflito*, os princípios *colidem* entre si. A diferença “não é apenas nominal, antes servindo para indicar o modo e o resultado diversos da solução de embates entre princípios e entre regras”.⁴⁴⁰

O conflito entre regras surge quando duas dessa mesma espécie normativa, disciplinando uma mesma situação, determinam resultados inconciliáveis em si. Neste caso, o conflito instaurado deverá ser resolvido por meio da exceção de aplicação ou da declaração de invalidada de uma delas.

A forma de solução desse embate ocorre de três formas: (i) uma regra especial excepciona a aplicação da regra geral (critério da especialidade); (ii) aquela mais nova de igual hierarquia tem prevalência sobre a regra mais antiga, excepcionando-a (critério cronológico), e por fim, (iii) a regra superior afasta a aplicação da regra inferior (critério hierárquico).⁴⁴¹

É válido ressaltar que “no primeiro caso, não há eliminação entre as regras, mas apenas uma exceção que contorna o conflito; nos últimos, uma regra elimina a outra, por invalidade. Fala-se, por isso, que a solução do conflito entre regras pertence à dimensão da validade”.⁴⁴²

⁴³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 139.

⁴³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 139.

⁴³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 95.

⁴⁴⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 126.

⁴⁴¹ Mais sobre os critérios para a solução das antinomias em: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1995, p. 91-114.

⁴⁴² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 126.

Situação bem diferente ocorreria com os princípios, vez que, por não possuírem níveis hierárquicos distintos, nem mesmo uma relação de precedência em razão do tempo,⁴⁴³ ganham diferentes dimensões de peso frente a determinadas condições concretas. Nessas situações, aquele de menor peso deve ceder ao de maior peso em havendo conflito, sem que isso implique em sua invalidade.⁴⁴⁴

O resultado do conflito entre princípios colidentes servirá à solução do caso concreto em julgamento, e também a outros futuros a ele similares, mas não poderá ser aplicada de maneira indistinta em situações diversas, haja vista que em circunstâncias outras, a questão da precedência pode ser solucionada de forma oposta.⁴⁴⁵

Como explica Alexy, as situações de colisões entre direitos fundamentais, que como dito, possuem caráter normativo de princípio, nascem quando o exercício ou a realização de certo direito por seu titular implique em consequências negativas aos direitos fundamentais de outrem. Tais situações de embates podem ocorrer tanto entre direitos fundamentais idênticos (privacidade *vs.* privacidade, *p. ex.*), quanto distintos entre si (informação *vs.* privacidade, *p. ex.*).⁴⁴⁶

A situação de colisão entre direitos fundamentais é resolvida pelo jurista através da ponderação dos pesos que cada um deles assume no caso concreto.⁴⁴⁷ Para tanto, deverão

⁴⁴³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 126-127.

⁴⁴⁴ É preciso ressaltar que a dimensão do peso descrita por Alexy trata-se apenas de uma metáfora, “já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 128). No mesmo sentido: JEVEAUX, Geovany Cardoso; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo/ SP. v. 16. n. 7 [p. 324-345]. jan./br. 2017, p. 326.

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 93.

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998.

⁴⁴⁷ Retomando a discussão iniciada na nota de rodapé n. 417, é válido registrar que apesar de Alexy deixar claro que a ponderação é reservada estritamente à resolução da colisão entre princípios, e nunca ao conflito entre regras, cujo embate é resolvido pelos critérios de solução de antinomias (hierarquia, tempo e especialidade), doutrinadores brasileiros, tais como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos (O conceito da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2008, p. 343), como também – ainda que por fundamentos teóricos distintos – Humberto Ávila (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42-55), e no mesmo sentido deste, Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paulo Sarno Braga (*Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 325), defendem a possibilidade de as regras também sejam ponderadas. Ante esta interpretação por parte dos autores brasileiros – para além do propugnado pelo próprio Alexy – acerta desse que é um de seus pontos fulcrais da teoria, intrigante questão surge quando se indaga qual seria o resultado da ponderação entre regras? Isto porque, conforme defende Alexy, o resultado da ponderação entre princípios colidentes será a obtenção “de uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma *regra* e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 102) [itálico acrescido por mim]. Assim, é de se perguntar, qual seria o resultado da ponderação entre regras? Uma meta-regra (regra da regra)? Como ficaria, então, para efeitos práticos, a diferenciação entre as espécies normativas (regras e princípios), se não mais subsistiria a distinção entre a *ponderação* de princípios e a *subsunção* de regras? (Cf.: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 211, p. 49. Nota de rodapé n. 12).

ser seguidos os critérios estatuídos pela máxima da proporcionalidade, que segundo ele possui natureza jurídica de uma *regra* de interpretação e aplicação do Direito (da qual emanará uma nova regra) e não a de princípio,⁴⁴⁸ razão pela qual não há qualquer possibilidade de colisão entre a lei de ponderação com outros direitos fundamentais, como tampouco que a sua aplicação produza efeitos em medidas variadas, já que não há qualquer balanceamento em sua realização prática, que ocorre de forma constante, *i.é.*, sem variações.⁴⁴⁹

Nesta altura, é válido ressaltar o equívoco terminológico presente no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em desatenção à criteriosa nomenclatura atribuída por Robert Alexy, ao prescrever que “[n]o caso de colisão entre *normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 498, §2º) [grifei].

A desatenção ou infidelidade para com os postulados da teoria que serviu de base para a referida previsão legal poderia, em outros contextos, ser relevada sem maiores consequências, não fosse o fato de que a complexa teoria de Alexy é corriqueiramente aplicada entre nós, sem uma estrita observância ao procedimento por ela previsto.

Outro grande risco advindo da impropriedade do uso do termo “norma” pela disposição legal é o de se admitir a “ponderação” de regras e princípios entre si, pois que ambos são espécies desse gênero. Essa possibilidade também estaria acobertada pela equivocada redação do enunciado.

Com isso, a redação do dispositivo legal pode conduzir à situações de uso equivocado da teoria alexyana, ou ainda, ser usada como álibi teórico para a discricionariedade jurídico-decisória.

Compreendendo-se que a ponderação tem como objeto normas e não apenas princípios, a previsão legal pode servir de margem para que o julgador identifique no caso concreto a colisão entre determinada regra e um princípio, decidindo arbitrariamente pela aplicação de um ou outro.⁴⁵⁰ Por óbvio, em situações tais a subjetividade do julgador seria acachapante, uma vez que, tendo-se infringido os limites da teoria de Alexy, o julgador não

⁴⁴⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p.134.

⁴⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável [p. 23-50]. In: *Revista dos tribunais* 798. 2002, p. 24 e 25. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 19 de mar. 2019.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! In: *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta#_ftnref> publicado em: 08 jan. 2015. Acesso em: 21 mar. 2019.

contaria com qualquer balizamento teórico segundo a lei de ponderação para decidir, pois que a ponderação não se presta à solução desse suposto embate (*regras vs. princípios*).

Além do mais, caso não se reconheça o problema redacional do dispositivo legal, o problema da discricionariedade decisória pode ganhar ares dramáticos frente à proliferação desregrada de novos “princípios jurídicos” (*panprincipiologismo*), situação que, como afirmamos acima, põe em risco a autonomia do Direito e a força normativa da Constituição.

Feita esta digressão, é possível prosseguir com os apontamentos acerca da solução proposta por Alexy para colisão entre princípios segundo a máxima da proporcionalidade, que é composta pelas seguintes máximas parciais: (i) da adequação; (ii) da necessidade ou idoneidade dos meios e (iii) da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

A máxima da proporcionalidade em sentido amplo é marcada por uma subdivisão dos elementos ou possibilidades fáticas e jurídicas, que são as condicionantes à precedência entre os princípios colidentes.

Enquanto as possibilidades fáticas são encontradas nas máximas parciais da adequação e da necessidade, as possibilidades jurídicas encontram-se na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Será na análise em conjunto dessas possibilidades de onde exsurgirá a solução da colisão entre princípios.⁴⁵¹

Em linhas gerais, em havendo colisão entre princípios, deve o julgador percorrer, necessária e impreterivelmente, a sequência pré-definida de máximas parciais.⁴⁵² Destarte, deve primeiro analisar a submáxima da adequação. Vencida esta etapa, deverá passar à análise da necessidade. Tão somente após vencer essa segunda etapa, deverá seguir para a ponderação em sentido estrito.

Assim, deve primeiro se certificar de que o meio eleito para atingir determinado fim de um direito fundamental foi adequado, “no sentido de uma relação entre meios e fins, ou seja, no sentido de não haver um desvio de finalidade de um princípio pelo mau uso do meio empregado em sua prática”.⁴⁵³

Em caso de inadequação dos meios empregados para alcançar o fim de um dos princípios colidentes, o outro princípio prevalecerá. Na hipótese de adequação dos meios

⁴⁵¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 134.

⁴⁵² SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*, 2002, p. 34.

⁴⁵³ Sobre o desvio de finalidade (inadequação) na realização de um direito fundamental, Geovany Cardoso Jeveaux cita, a título exemplificativo, “um decreto de desapropriação [que], a pretexto de atender ao princípio do interesse público, é utilizado para punir um adversário político ou para impedir um negócio legítimo de compra e venda apenas porque tal negócio é contrário às opções ideológicas da autoridade pública, [o que revelaria que] o meio utilizado para atingir o fim daquele princípio enunciado não foi adequado” (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 134).

empregados para a realização de ambos os princípios em conflito, passa-se a seguinte máxima parcial.⁴⁵⁴

Chegando à etapa da máxima parcial da necessidade – segunda na ordem pré-definida da lei proporcionalidade em sentido amplo –, o julgador deverá indagar se existia outro meio, igualmente adequado, para a realização do fim de cada um dos direitos fundamentais colidentes. Caso inexista, os meios eleitos foram, portanto, necessários. Não sendo este o caso, isto é, caso houvesse outro meio à disposição, deverá o julgador investigar se aquele eleito entre os disponíveis era o mais suave ou menos restritivo. “Desse modo, se o meio eleito era o necessário para ambos os princípios, ou seja, o menos gravoso, a colisão continua. Caso contrário se resolve em favor do princípio de meio mais necessário”.⁴⁵⁵

Por fim, caso a colisão não tenha sido resolvida quando da análise das submáximas da adequação e da necessidade, deve-se ingressar na terceira e última etapa, consistente na máxima parcial da ponderação em sentido estrito, que é idêntica à lei do sopesamento, enunciada por Alexy da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.⁴⁵⁶

O jusfilósofo ressalta, ainda, que

[a] lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-afetação do outro princípio.⁴⁵⁷

Geovany Cardoso Jevaux indica que essas etapas da lei do sopesamento podem ser concebidas enquanto resultado de uma avaliação “entre prós e contras ou de custos e benefícios, na qual se pondera se os prós ou benefícios são proporcionalmente maiores do que os contras ou custos, de tal modo que o princípio com menor custo para o outro seja o preferível”.⁴⁵⁸

Ao fim da ponderação em sentido estrito, o julgador obterá como resultado do balanceamento uma norma de direito fundamental atribuída, com estrutura normativa de uma

⁴⁵⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 135.

⁴⁵⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 136.

⁴⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 593.

⁴⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 594.

⁴⁵⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 137.

regra jurídica, que será aplicada ao caso por meio da *subsunção*.⁴⁵⁹ Daí que, de uma forma ou de outra, seguindo os postulados da teoria de Alexy, “a subsunção continua sendo o método primaz para dizer o direito, seja de modo direto para os casos fáceis, ou como resultado de um balanceamento para os casos difíceis”.⁴⁶⁰

Apesar de estabelecer uma estrutura metódica que deve ser seguida pelo julgador para na tomada de decisão frente às situações de colisões entre princípios, a lei de ponderação prevista por Alexy *não se propõe a eliminar a discricionariedade jurídico-decisória*. Ao contrário, para o jurista, ela (a discricionariedade) representa o modo de resolução dos casos em que os direitos fundamentais que (por não constituírem “um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento – de forma a torná-los praticamente sem importância”) não comportarem um balanceamento exato.

Em tais casos, Alexy defende que “existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislador quanto do judiciário”.⁴⁶¹

Seguindo estes breves apontamentos acerca da complexa teoria de Alexy, é possível indicar com maior clareza o equívoco da justaposição desta teoria àquela desenvolvida por Ronald Dworkin, bem como as razões pelas quais o presente trabalho toma por base a teoria do Direito como integridade e coerência proposta pelo jusfilósofo norte-americano.

3.4.2 O CONCEITO DE NORMA SEGUNDO RONALD DWORKIN: A NORMA JURÍDICA COMO CONCEITO INTERPRETATIVO

O equívoco na associação das teorias de Alexy e Dworkin se apresenta já da constatação de que para este último, a norma jurídica não é um conceito semântico. Conseqüentemente, sua construção não se realiza com a simples leitura dos textos normativos em abstrato.

Quanto a isso, é preciso levar em conta a “distância que separa o conceito continental de norma daquele anglo-saxão de *rule* [regra]”,⁴⁶² tendo em vista que na tradição anglo-saxã na qual se insere Dworkin, não prevalece o conceito de norma que lhe dá o

⁴⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 102.

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*, 2014, p. 57.

⁴⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 611.

⁴⁶² ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, 1961, p. 66. [tradução livre].

idealismo normativista kelseniano,⁴⁶³ que possui estreita relação com aquele trabalho por Alexy, ainda que este se esforce para evidenciar a existência de diferenças.⁴⁶⁴

Tendo em vista que Dworkin descreve o Direito como uma prática social construtiva, a própria norma é um conceito interpretativo, que não se dá em abstrato, a partir da leitura isolada dos enunciados ou disposições legais, como que atada ao plano sintático-semântico, mas emerge de um quadro factual que é constituído por regras e princípios,⁴⁶⁵ no qual o plano da pragmática é igualmente imprescindível, já que a facticidade constitui um componente elementar da normatividade.

Em outros termos, a normatividade não provém exclusiva e isoladamente da análise abstrata dos textos normativos, mas ocorre de forma prática, no momento de sua concretização.

De forma muito próxima àquilo que defende Friedrich Müller, guardada as devidas proporções entre as diferentes tradições em que cada um se insere, dizer a norma jurídica só se dá, segundo Dworkin, quando de sua concretização, motivo pelo qual também para o jusfilósofo norte-americano não há que se falar em normas jurídicas abstratas.

Nesse sentido, Rafael Tomaz de Oliveira ressalta que

[...] O fato de Dworkin não mencionar o gênero *norma* na distinção que ele realiza entre regra e princípio também aponta para algo inquietante: se Dworkin não define princípio como norma – pois o conceito de norma é equivalente ao de regra – então como é possível afirmá-los deonticamente? E mais, se o conceito anglo-saxão de *rule* pode ser tido como equivalente do continental de norma, como fica esse conceito frente à crítica de Dworkin àquilo que ele chama de *teorias semânticas*? Parece evidente que não cabe falar aqui em norma como esquema de interpretação ou como um conceito semântico. Isso porque, a partir de Dworkin, poderíamos afirmar que essa dimensão deontica que reveste as regras e os princípios é sempre interpretação, uma vez que, para ele, o próprio direito é interpretação. Podemos dizer que a norma não é um esquema de interpretação ou um conceito semântico que coloca entre parênteses a atividade adjudicativa que caracteriza o direito, mas sim, ela própria é a interpretação. Isso implica dizer que normas não significam em abstrato. Uma norma só significa na medida em que ela *munda*. Portanto, normas não são coisas com um caráter significativo determinado e nem tampouco categorias semânticas que operam deonticamente de uma maneira prévia, descolada da existência.

⁴⁶³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 168.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 167; Alexy, versando sobre o conceito de norma trabalhado por Kelsen, tece-lhe duas críticas: A primeira direcionada à base metafísica no qual ele está firmado, tendo em vista que o autor austríaco indica como fundamento de validade de toda ordem jurídica objetiva o pressuposto teórico da norma hipotética fundamental. Já a segunda é dirigida à descrição do conceito de norma por Kelsen como ‘o sentido de uma vontade, um ato de vontade’. Apesar das críticas, Alexy afirma expressamente que “[s]e se desconsideram os elementos metalinguísticos (vontade, ato de vontade), parece haver relações estreitas entre o modelo aqui utilizado e a concepção de Kelsen” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 53. Nota de rodapé n. 10).

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 559.

Por ser a norma um conceito interpretativo, tem-se que, diferentemente de Alexy, princípios e regras não são espécies normativas cuja distinção é passível de ser apreendida *a priori*, da simples leitura dos textos normativos. Eles tampouco se diferem quanto ao grau, à generalidade ou à abstração. Para Dworkin, regras e princípios são “conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas”.⁴⁶⁶

Apesar de Alexy e Dworkin aparentemente convergirem em relação ao modo de aplicação das regras à maneira tudo-ou-nada (*all or nothing*), segundo a qual, ou a regra é válida, caso em que a resposta por ela fornecida deverá ser aceita, ou é inválida, e logo, não contribuirá em nada para a decisão;⁴⁶⁷ não há em Dworkin, ao contrário de Alexy, qualquer defesa em prol da subsunção como forma aplicativa.

Como a norma não é diferente da interpretação, não há – de forma próximo aos termos da hermenêutica filosófica gadameriana acerca da *applicatio* –⁴⁶⁸ qualquer cisão entre interpretar e aplicar,⁴⁶⁹ como também entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, motivo pelo qual a teoria dworkiniana rompe com o esquema sujeito-objeto,⁴⁷⁰ ao qual estão presas todas as teorias que tomam para si um conceito semântico de norma.

Também como Gadamer, Dworkin é um opositor ao solipsismo. Cada um desses autores, em seus respectivos modos, “*procuram controlar esse subjetivismo e essa*

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 39.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 92; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 39.

⁴⁶⁸ Dworkin não toma por base a teoria de Gadamer para o desenvolvimento de sua tese acerca da única resposta correta. Em apenas duas oportunidades a obra do filósofo alemão foi referida pelo jusfilósofo norte-americano (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 306-307). Apesar disso, são múltiplas as aproximações existentes entre Gadamer e Dworkin, tornando a análise simultânea e aproximativa do pensamento destes autores não apenas possível, mas primordial para o alcance de um horizonte mais amplo, e uma compreensão mais profunda e apropriada acerca da problemática da interpretação do Direito e da construção da decisão judicial, não meramente compatível com a história institucional (ou tradição autêntica) do Direito, mas que a construa da melhor forma possível. Entre os pontos em comum existentes entre Dworkin e a hermenêutica filosófica gadameriana, destaca-se, “além da consciência entre a correção da interpretação em Gadamer e a tese da resposta correta em Dworkin [...], também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, bem como o significado prático dado à tarefa interpretativa; *de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positiva e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo mundo prático operada pela tradição hermenêutica*” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2012, p. 102) [itálicos no original]. Mais acerca da aproximação Gadamer-Dworkin em: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014, p. 436; também do mesmo autor: *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 254; bem como: *Verdade e consenso*, 2011, p. 306 e ss.; ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* 2. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2016.

⁴⁶⁹ Nas palavras de Dworkin: “a interpretação, na minha descrição, não é diferente da criação. A distinção entre essas duas atividades pressupõe que, no caso da interpretação, um texto exerce alguma *restrição* sobre o resultado. Mas, em minha descrição, o próprio texto é o produto de julgamentos interpretativos” (*Uma questão de princípio*, 2000, p. 253). Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2012, p. 107.

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*, 2014, p. 138.

subjetividade solipsista a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito”, em plena oposição ao dualismo próprio da tradição metafísica.⁴⁷¹

É válido rememorar aqui, seguindo o que fora demonstrado por Müller, que a ideia segundo a qual o juiz ou outro jurista decide à maneira “silogística”, subsumindo o caso a uma norma jurídica abstrata, trata-se de um mito.⁴⁷²

Além da separação entre questão-de-fato e questão-de-direito ser um pressuposto teórico básico da lógica dedutivo-subsuntiva – como se toda questão-de-direito não fosse jurídica justamente porque, antes, se deu a juridicização de um fato; e não fossem os reflexos jurídicos os responsáveis para que determinada facticidade seja levada em conta pelo Direito –,⁴⁷³ para que a subsunção pudesse ocorrer seria preciso existir previamente um conceito “sem coisa”,⁴⁷⁴ ou um “grau zero de sentido”.

Seria necessário que o intérprete fosse dotado com a capacidade de aperceber objetos (para os fins deste trabalho: textos)⁴⁷⁵ “neutros”, alheios aos sentidos que lhes foram historicamente emprestados, para que somente num segundo momento pudessem receber “capas de sentidos”. Em termos da filosofia hermenêutica, seria preciso existir *entes* sem *ser* (quanto a isso, é válido lembrar que “o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; ele serve para dar sentido aos entes”).⁴⁷⁶ Outra hipótese seria a de defender que os objetos (textos) fossem dotados com um algo-em-si (essência), como se o *ser* estivesse contido no *ente*. Ambas, contudo, refratárias à viragem linguístico-ontológica levada a cabo por Heidegger-Gadamer, o que significaria a repriminção de ideias metafísicas de há muito superadas.

Como destacado na primeira parte desse trabalho, não existe separação entre homem e mundo, mas sim *ser-no-mundo*, como tampouco há uma relação direta entre sujeito e objeto (frente à qual seria necessário algo – a linguagem – para interligá-los), mas sim uma relação sujeito-sujeito.

A linguagem não pode ser reduzida a um instrumento que se interpõe entre o homem e o mundo e entre o sujeito e o objeto. Ela é “experiência do mundo. Inserido nesse

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2012, p. 107.

⁴⁷² MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição [p. 143- 159]. In: *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 147.

⁴⁷³ ABOUD, Georges. *Discricioniedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 1. subitem. 1.2.7 [n. p.].

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 577.

⁴⁷⁵ “texto da narrativa do caso e textos das normas na codificação, textos do programa da norma e do âmbito da norma, texto da norma jurídica e da norma decisória (a parte dispositiva da decisão)” (MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição [p. 143- 159]. In: *O novo paradigma do direito*, 2007, p. 149).

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 120 e 337.

mundo, isto é, na linguagem desse mundo, o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica”.⁴⁷⁷ Ela é, pois, a condição de possibilidade, pela qual toda compreensão há um compreender-se. “*No compreendido está o compreendendo*. Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos textos. Por isso é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos”.⁴⁷⁸

Portanto, por inexistir na teoria de Dworkin qualquer defesa em prol da subsunção, uma vez que ele não cede interpretação e aplicação, é evidente que o tratamento por ele conferido às regras e aos princípios jurídicos é inconciliável com aquele trabalhado por Alexy.

Acerca da aplicação dos princípios, conforme apontamos linhas acima, de acordo com Alexy, resolvida a colisão entre princípios, o resultado será a produção de uma norma de direito fundamental atribuída que tem caráter normativo de *regra*, cuja aplicação ao caso decidendo e outros similares ocorrerá por meio da *subsunção*.

Em sentido oposto, para Dworkin, os princípios enunciam razões que conduzem a decisão em certa direção, embora de maneira não conclusiva.⁴⁷⁹

Quando das situações eventuais em que os princípios se inter cruzam, ou seja, direcionarem uma mesma decisão a caminhos distintos, outra enorme e determinante diferença exsurge entre as propostas teóricas dos dois autores.

Ao contrário de Alexy, Dworkin defende que a tarefa do intérprete de levar em conta a força relativa de cada princípio, não será realizada mediante uma mensuração exata.⁴⁸⁰ Sua teoria “não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes”, mesmo nos casos tidos como difíceis (*hard cases*).⁴⁸¹

Essa é a razão pela qual o julgamento que indica qual princípio particular tem importância mais determinante em relação aos demais, igualmente aplicáveis ao caso, será com frequência objeto de controvérsia.⁴⁸²

Além disso, a normatividade dos princípios não provem de um fato social, como pretende o positivismo moderado de Hart, e que parece defender, também, Neil

⁴⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014. p. 308-309.

⁴⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, 2014. p. 308-309 [itálicos no original].

⁴⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 57.

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 42.

⁴⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 127

⁴⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 42.

MacCormick,⁴⁸³ mas da “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”.⁴⁸⁴

Nenhum princípio jurídico encontra-se “materializável *a priori* em textos ou enunciados emanado de um precedente, lei ou mesmo da constituição”,⁴⁸⁵ como se dá na teoria de Alexy, mas remonta ao todo do contexto moral da comum-idade política,⁴⁸⁶ e “a continuidade de seu poder [normativo] depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”.⁴⁸⁷

Os princípios jurídicos constitucionais são um padrão decisório, e não valores,⁴⁸⁸ construído historicamente, que instituem o dever de obediência em momentos posteriores à sua criação. A carga deontológica (código lícito-ilícito) deste padrão normativo emerge precisamente de sua formação histórico-cultural. Ou seja, “não é uma regra que oferece um

⁴⁸³ Neil MacCormick defende que a instituição de um princípio depende de um fato social (critério de reconhecimento), à semelhança, portanto, daquilo que sustenta o positivismo hartiano (HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 326-331). Para MacCormick, os princípios podem ser criados, assim como as regras, através da promulgação de novas leis, ou, de forma menos drástica, “por um acúmulo gradual de decisões judiciais pertinentes” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 200-201). Exemplificando sua tese, o filósofo escocês cita o julgamento do caso *Charter v. Race Relations Board* [1973] AC 868, no qual, a controvérsia consistia na recusa de um clube conservador em admitir como membro determinado indivíduo (Amarjit Singh Shah) por motivos racionais. No julgamento do caso, apesar de voto vencido, Lord Morris of Borth-y-Gest, um dos julgadores do caso, defendeu que com a promulgação das Leis das Relações Raciais de 1965 e 1968, o Parlamento Inglês teria introduzido “novo princípio norteador de importância fundamental e de amplas consequências”. Com base nesse argumento decisório, MacCormick defende que se não fosse pela inovação legislativa, “o princípio, por mais admirável que fosse em termos morais ou políticos, não seria um princípio desses sistemas jurídicos” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 2006, p. 200-201). Em sentido contrário a MacCormick, Dworkin sustenta que mesmo que mencionássemos qualquer precedente e/ou qualquer lei que parecesse explicitar certo princípio “(melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ela associados)”, com o objetivo de conferir apoio institucional à alegação de que determinado princípio é um princípio do Direito, ainda assim não contaríamos com uma fórmula para testar “quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico”. Segundo ele, “[e]sses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 64-65). Além disso, é impossível distinguir *a priori* os princípios jurídicos e os princípios morais, uma vez que o Direito e a Moral (por serem co-originais), não se distinguem quanto ao conteúdo. Cf.: Nota de rodapé n. 511.

⁴⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 64.

⁴⁸⁵ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativo e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. Subitem 3.8.1 [n.p.].

⁴⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 152.

⁴⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 64.

⁴⁸⁸ Tratando da teoria de Dworkin, Jürgen Habermas esclarece que “[p]rincípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela “ponderação dos bens” nas demais doutrinas metodológicas –, porque isso supriria o seu sentido de validade deontológica (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 258. Ver também: p. 262).

“teste de pedigree” que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir”.⁴⁸⁹

Com efeito, por serem padrões de condutas ou *standards* normativos, “concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas”,⁴⁹⁰ os princípios são impassíveis de serem listados previamente de forma exaustiva.⁴⁹¹ Na verdade,

[...] o conceito de princípio se manifesta sempre numa *possibilidade* que – e não é exagero afirmar – nunca chega a se esgotar. Há certa intangibilidade no que atina a seus significados ônticos. Isso porque no momento em que o caso concreto é resolvido através de um argumento de princípio – que no interior do direito, como integridade, nunca se dá por meio da articulação de apenas um princípio, mas sempre do contexto e da repercussão no todo de princípio da comunidade – tal argumento ficará assentado como precedente e atrelará, de forma compromissória, uma possível decisão posterior tomada em um caso similar.⁴⁹²

Nos casos em que existam princípios que indicam direções decisórias divergentes para um mesmo caso concreto, não serão eles sopesados (lei da ponderação) para que se defina qual deles será aplicado ao caso, mediante uma completa exceção à aplicação do outro.

Em situações tais, deverá o intérprete levar em conta – segundo o contexto e a repercussão do conjunto coerente de princípios da comunidade política⁴⁹³ que compõe a história institucional do Direito, que em termos hermenêuticos equivale à tradição autêntica – aquele de maior peso ou importância, o que não equivale a dizer que os demais princípios serão excetuados quando da resolução do caso, mas apenas que não terão importância determinante para tal fim.

Segundo Dworkin, proferir uma decisão judicial é, por isso, um ato de responsabilidade política, que demanda do julgador compromisso com a reconstrução da história institucional do Direito, vez que essa nova decisão integrará, como um novo elo, a corrente que compõe o todo dessa história, devendo se certificar quanto à conformidade de

⁴⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Direito não pode ser corrigido por valores. Entrevista conduzida por Pedro Canário. In: *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>> Publicado em: 02 abr. 2012. Acesso em: 09 set. 2019. n. p.

⁴⁹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de informação legislativa*. v. 36. n. 144 [p. 191-209]. Brasília: Senado Federa, jul./set. 1999, p. 200.

⁴⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 70.

⁴⁹² ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. Subitem 3. .8.1 [n.p.]; No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta*, 2007, p. 18.

⁴⁹³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?* 2018, p. 06.

sua decisão à coerência e à integridade do Direito, exigências dos ideais políticos de justiça e equidade sobre os quais está alicerçado o Estado Democrático.⁴⁹⁴

3.5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E COERÊNCIA

Quando Dworkin sustenta a interligação entre Direito e Moral, não o faz tomando por base uma moral subjetivista, ligada aos ditames da consciência ou convicções individuais, tampouco às tradições de certa classe ou partido.⁴⁹⁵ O pano de fundo de sua teoria é, na verdade, a moralidade pertencente à comunidade política (comum-unidade), como se ela fosse um ente personificado, “como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos”.⁴⁹⁶

Supondo a personificação deste ente diverso dos cidadãos que o compõem, Dworkin vai além, ao atribuí-la com “influência e responsabilidade morais”.⁴⁹⁷ Ele defende que a comunidade política personificada tem o dever moral de agir de forma íntegra, o que consiste em dizer – segundo o que o próprio uso corriqueiro da expressão integridade significa –,⁴⁹⁸ que ela tem, ou deve buscar a ter, a virtude moral de sempre agir segundo princípios, bem como de manter-se fiel a eles.

Para que seja atendida a virtude da integridade, não basta que tais princípios existam, mas devem também compor um todo unitário e coerente (critério holístico), segundo os padrões de justiça e equidade,⁴⁹⁹ exigências basilares do Estado Democrático de Direito. Deve, ainda, se ajustar ao todo conjectural da história institucional do Direito, buscando justificá-la da melhor forma possível.

O dever de integridade, que mais do que uma realidade é um enfoque,⁵⁰⁰ se desdobra em duplo dever atribuído ao Estado: ao legislador de criar leis segundo os princípios da comunidade política (princípio da integridade na legislação); e ao Poder Judiciário, de atribuir sentidos aos textos da lei “segundo a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos”.⁵⁰¹ Isso exige que os juízes não percam de vista que administram o Direito como um todo, “não como uma séria de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como

⁴⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 202.

⁴⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 16.

⁴⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 204.

⁴⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 204.

⁴⁹⁸ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin, 1992, p. 164.

⁴⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 263.

⁵⁰⁰ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin, 1992, p. 168.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 263.

nada além de um interesse estratégico pelo restante”,⁵⁰² vez que a lei “está ancorada na história, na prática e na integridade”,⁵⁰³ ou seja, na tradição autêntica do Direito (princípio da integridade no julgamento).

É esta a condição para que se possa dizer que a integridade e a coerência direcionam a decisão judicial à resposta correta, haja vista que sobre ambas repousam os fundamentos mais sólidos em prol da legitimidade da coerção exercida pelo Estado em nome do Direito.⁵⁰⁴

É válido ressaltar a unidade indivisível que compõe os princípios de integridade e coerência, que apenas juntos satisfazem as exigências de um adequado parâmetro moral em que deve estar pautada a comunidade política.

Isto porque, não basta a simples reiteração de decisões do passado para que esteja assegurada a legitimidade das decisões proferidas no presente, ainda porque, é possível manter a coerência no erro. Antes, é a integridade, dotada de maior dinamicidade, “pois incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em busca de coerência com o princípio fundamental”,⁵⁰⁵ a responsável por definir a direção das decisões políticas, ao exigir que a legislação seja criada e apreendida, na medida do possível, de forma que expresse um sistema único e coeso de justiça e equidade.

Como adverte Dworkin, uma instituição que adotar esse ideal, por vezes se afastará, precisamente por esse motivo, da estreita linha percorrida pelas decisões pretéritas, na busca por manter-se fidedigna aos princípios que são concebidos como os mais fundamentais a esse sistema, apreendido em sua integralidade.⁵⁰⁶

Disso decorre que duas situações relativamente distintas podem ser ocasionalmente verificadas. Em uma delas o julgador, através de um resgate de argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica – dispendo para isso da doutrina como indispensável ponto de apoio –, poderá demonstrar que determinado princípio, apesar de no passado possuir força atrativa suficientemente capaz de embasar uma lei ou de inclinar uma decisão jurídica em certa direção, dispõe agora de força gravitacional insignificante, sendo pouco provável que continue inclinando decisões em similar direção.

⁵⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 203.

⁵⁰³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 17.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 231.

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 265.

⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 264.

Com isso, o argumento de equidade que dava sustentação à aplicação do princípio em casos similares revelar-se-á enfraquecido, fazendo com que a cadeia decisória que até então se mantinha seja, ao bem integridade, rompida.

Lado outro, uma situação diversa igualmente passível de ocorrência existe, e consiste na hipótese de o juiz constatar que determinado princípio, a despeito de sua popularidade, é injusto.

Em ambas as hipóteses o julgador deverá, classificando esse evento histórico como erro, dele se afastar. A autoridade específica deste evento (no passado) não será negada, uma vez que seus efeitos já terão sido operados. Preserva-se, desta maneira, a segurança jurídica. Unicamente a força gravitacional deste evento se perderá, de modo que ele não poderá ser invocado a fim de, consistentemente, impactar eventos futuros.

Essa é a chamada teoria dos erros que Dworkin desenvolve para livrar o julgador de um aprisionamento mecanicista, como se sua posição fosse aquela de um autômato a quem competisse apenas reproduzir acriticamente de decisões jurídicas anteriores. Contudo, o jusfilósofo adverte contra os males de um uso imprudente e indiscriminado deste recurso, pois que, fosse o Poder Judiciário livre para considerar qualquer aspecto de certo descompasso da história institucional como um erro, a exigência de consistência não poderia ser, em absoluto, considerada como uma verdadeira exigência.⁵⁰⁷

É preciso lembrar que se por um lado o juiz não é um autômato repetidor de decisões pretéritas, por outro, deve interpretar a história institucional do Direito como a encontra, e não pretender criar uma que considera melhor.

Exemplificando esse ponto, Dworkin cita que durante certo tempo persistiu o entendimento jurisprudencial no Direito inglês de que, apesar de membros de outras categorias profissionais pudessem ser responsabilizados por eventual negligência, os advogados eram imunes à responsabilização. Conforme sustenta, compreendida em sentido estrito, isolada, portanto, a coerência exigiria a manutenção desse entendimento, e conseqüentemente, a continuidade dessa exceção em favor unicamente aos advogados, conferindo-lhes, dessa feita, tratamento dispare (mais benéfico) com relação às demais categorias; porém a integridade condena o tratamento especial de membros de uma categoria profissional, tal como os advogados, e o privilégios a ela conferidos por meio de um tratamento mais vantajoso, mas nada isonômico, a menos que isto possa ser justificado em princípio, o que para o jusfilósofo é improvável.

⁵⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 189-191.

Conforme aponta Dworkin, a Câmara dos Lordes privilegiou a integridade sobre a coerência ao reduzir essa isenção conferida aos advogados quando do julgamento do caso *Saif Ali vs. Sydney Mitchell & Co.* [1980] A. C. 198].⁵⁰⁸

Disto exsurge que, nos casos em que uma nova decisão vier a implicar uma ruptura na cadeia decisória (lembrando aqui que o conceito de princípio se manifesta sempre numa possibilidade),⁵⁰⁹ é imposto ao juiz o dever explicitar os argumentos de princípios que o conduziram à essa decisão, bem como o de demonstrar a maneira pela qual esse novo capítulo melhor construirá o empreendimento coletivo que é a história institucional do Direito.⁵¹⁰

Em outras palavras, é indispensável a existência de boas razões depositadas sobre o peso do princípio no qual se funda a decisão, para que isso seja capaz de fazer com que a balança seja favorável à inovação por ela instaurada.⁵¹¹

Com a prolação dessa nova decisão, nasce o dever do julgador de guardar a isonomia, por meio da aplicação da solução construída ao caso que importou a inovação na cadeia decisória, a todos os casos futuros similares, o que demonstra que a força subjacente à equidade ínsita aos precedentes judiciais tem direcionamento sempre para o futuro.⁵¹²

À sua volta, não há que se falar em integridade sem coerência, porque a má-fé com relação aos próprios princípios, por meio da concretização de um agir mutável, contingenciado segundo o convencionalismo ou pragmatismo,⁵¹³ descompromissado, portanto, com a continuidade da história institucional do Direito (tradição autêntica), refletiria a perpetuação de um agir hipócrita, assim como fazem as pessoas reais.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 264.

⁵⁰⁹ Com afirma Albert Casalmiglia, é impossível uma distinção *a priori* entre princípios jurídicos e os princípios sociais ou morais, na esteira do que Dworkin demonstrou quando de sua crítica ao positivismo, em especial quando trata sobre a inseparabilidade entre o Direito e a Moral, já que esta não se distingue daquele pelo seu conteúdo (CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin, 1992, p. 169). “A juridicidade do princípio somente poderá ser determinada efetivamente no momento de sua interpretação [...] [o que demanda] a presença de um *case* uma questão jurídica problematizada a ser solucionada, e essa problematização pode, inclusive, ser fictícia (ABBOUD, Georges. *Discricionariade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. item 3.8.1. [n.p.]).

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariade é um grave problema para Dworkin e não o é para a Alexy. In: *Revista Direito e Práxis*. v. 4. n. 7 [p. 343-367], 2013, p. 361.

⁵¹¹ Em sentido similar em referência expressa a Dworkin: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, p. 208.

⁵¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 184-185.

⁵¹³ Nas exatas palavras de Dworkin: “Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais e especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibitória de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 489). Mais sobre as principais características das correntes de pensamento do convencionalismo e pragmatismo, conferir: JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Teorias do Estado e da Constituição*, 2015, p. 436-437.

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 204.

Visando elucidar a interpretação construtiva do Direito de maneira íntegra e coerente, Dworkin propõe uma análise comparativa entre o Direito e a literatura, através da metáfora do romance em cadeia (*chain novel*).

Propõe ele que imaginemos que um determinado grupo de romancistas tenha sido convidado para a realização de um projeto em conjunto, consistente na criação de um romance. Cada um dos romancistas convidados será encarregado pela criação de um capítulo da obra. Considerando a unidade do projeto, cada individual capítulo deverá manter coerência com os capítulos precedentes, ao passo que deve projetar o futuro do enredo e dos personagens de forma a propiciar o desenvolvimento da história, por meio dos capítulos seguintes, não apenas de forma escorreita e fluída, mas com a melhor qualidade possível. O intento é, portanto, a criação “[d]o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade, é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”⁵¹⁵.

Com essa analogia, o jusfilósofo norte-americano defende que o Direito, enquanto empreendimento político pautado sobre a sua própria história institucional, deve ser desenvolvido como se fosse obra de um único autor: a comunidade política. Assim, o papel do juiz, que está desde sempre inserido em meio a este empreendimento construtivo-sequencial, é o de interpretar a história da maneira que a encontra, e não buscar inventar que considere melhor,⁵¹⁶ se assegurando de que as suas decisões propiciarão o desenvolvido dessa trama da melhor maneira possível. Isso com o passar do tempo fará com que a cadeia desse romance se torne cada vez mais ampla e consolidada.⁵¹⁷

Considerando que o juiz jamais é o começo, como tampouco o fim do processo hermenêutico, já que desde sempre inserido em meio à história institucional do Direito,⁵¹⁸ deve, ao decidir, “interpretar as decisões anteriores, e como resultado proceder de forma que encontre maior adequação (*Dimension of Fit*) e que torne determinada prática legal a melhor possível (*Dimension of Value, dimension of political morality, justification*)”.⁵¹⁹

Essa tarefa implica o dever do julgador de articular todos os elementos que compõem o fenômeno jurídico, sendo “impensável a solução de uma questão jurídica

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 276.

⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 240.

⁵¹⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas?* 2018, p. 06.

⁵¹⁸ NEGRI, André Del. *Devida hermenêutica constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 58/2007 [p. 7-17]. RT Online: 2007, p. 04.

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para a Alexy, 2013, p. 361; Mais sobre a dimensão da adequação (*Dimension of Fit*) e a dimensão da interpretação (*Dimension of Value, dimension of political morality, justification*), conferir em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 276-278.

recorrendo-se tão somente e exclusivamente a uma única fonte jurídica”, já que, encarar o Direito como integridade é eliminar “qualquer referencial em que se confere a alguma fonte a identificação direta com o caso a ser julgamento, como se a decisão estivesse pronta e já viesse com ele”.⁵²⁰ Por isso, a solução ao problema levado à apreciação do Poder Judiciário deve, indispensavelmente, ser construída através do exame da Constituição, da lei, da doutrina, do registro dos casos similares decididos anteriormente.⁵²¹

3.6 A RESPOSTA CORRETA (OU ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO) E A NEGAÇÃO À DISCRICIONARIEDADE JURÍDICO-DECISÓRIA

É sem dúvida enorme a responsabilidade política que recai sobre o julgador, decorrente de seu dever de responder corretamente a problemática do caso decidendo.

Todavia, em contrapartida à grandeza e à complexidade desta tarefa, não há garantias que assegurem de que chegará a este resultado, haja vista inexistir um procedimento matemático à sua disposição capaz de conduzi-lo à realização desta hercúlea tarefa. Por este motivo, a noção de “correção” de que trata a tese de Dworkin deve ser hermeneuticamente compreendida, desassociada, portanto, de um juízo de “confirmação” *versus* “falsificação” próprio às ciências naturais.⁵²²

Isto, todavia, não autoriza o juiz a abandonar o seu dever de buscar concretizar em proveito dos cidadãos o direito fundamental que possuem à resposta correta.

Mesmo que não se possa exigir dele que chegue a um resultado específico, sobretudo por ele não dispor de um método para tanto, “podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”.⁵²³

Isso consiste em “dizer que a ‘tese da resposta correta’ é uma teoria sobre a responsabilidade judicial, uma espécie de ‘obrigação de meio’, e não propriamente de

⁵²⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, 2016, p. 748.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 238.

⁵²² MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009, p. 63. Neste trabalho, o autor faz menção aos conceitos de “correto” *vs.* “incorreto”, buscando distinguir o sentido que tais expressões recebem no âmbito das ciências naturais do conceito de “correção” trabalhada por Dworkin. Todavia, cremos que as expressões “verdadeiro” e “falso” sejam mais adequadas às ciências naturais, por isso a substituição. Mesmo perdendo um pouco do jogo de palavras de que se vale Motta, em prol de um uso mais rigoroso da linguagem neste ponto, a intenção é manter o sentido que o autor quis empregar, qual seja, indicar a impossibilidade de confundir a noção de resposta *correta* trabalhada por Dworkin aos métodos utilizados e os resultados obtidos pelas e nas, assim ditas, ciências duras.

⁵²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 286.

‘resultado’”.⁵²⁴ Isto é, configura o dever de tomar decisões que sejam consistentes com a história institucional do Direito, segundo os primados da integridade e coerência.

Para tanto, a decisão judicial deve estar fundada em argumentos de princípios, padrões de conduta a serem observados por corresponderem a uma exigência imposta pela moralidade da comunidade política, e não contingenciada pelo passado (convencionalismo) ou pelo futuro (pragmatismo ou consequencialismo), fundada em argumentos de política, ou seja, de padrões que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.⁵²⁵

Dizer que a resposta correta deve ser instituída por argumentos de princípios, significa que a decisão deve ser a mais adequada à Constituição, compreendida não enquanto texto, composto por seus artigos, incisos e alíneas, mas como evento,⁵²⁶ de onde provem determinados pressupostos que “condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o Direito que se produz *concretamente* está legitimado de acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária”.⁵²⁷

O todo conjuntural que forma a história institucional do Direito deve servir, pois, de balizamento à concretização da norma jurídica no caso concreto, graças ao fechamento hermenêutico proporcionado pelos princípios jurídicos, que “condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comunidade dos princípios constitucionais”.⁵²⁸

Vale mais uma vez ressaltar que os princípios não se encontram exhaustivamente elaborados, à disposição do intérprete, como “enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais fundantes)”.

Na verdade, afirmar a necessidade de que a decisão esteja pautada em argumentos de princípios serve, antes, para indicar os limites ínsitos ao ato de aplicação do Direito. Já que é precisamente nos princípios constitucionais em que estão fixados os argumentos mais contundentes contra postulados utilitaristas e convicções pessoais (moral subjetivista) a respeito de política, aspectos sociais ou qualquer outro elemento que integre o caso concreto,

⁵²⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*, 2009, p. 63.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 36.

⁵²⁶ Sobre o conceito de texto como evento, ver subitens: 2.4 e 2.4.1.

⁵²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 546.

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 546.

devendo o julgador decidir de forma que a sua interpretação esteja estruturada em consonância com o “sentido do direito projeto pela comunidade política”.⁵²⁹

Por serem projetados no decorrer da história, ao passo que o julgador não se encontra posicionado fora dela, como em um ponto de Arquimedes, os sentidos por ele atribuídos quando da resolução de determinado caso-problema, devem se conformar àqueles que foram emprestados ao Direito pela tradição autêntica, por mais complexa se revele a problemática do caso decidendo.

3.6.1 É POSSÍVEL CINDIR CASOS FÁCEIS (*EASY CASES*) E CASOS DIFÍCEIS (*HARD CASES*)?

Foi Hart quem primeiro afirmou a existência de uma distinção estrutural entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*).⁵³⁰

Essa cisão está firmada na ideia segundo a qual, todas as vezes que as especificidades da situação fática do caso concreto estiverem regulamentadas por expressões gerais que lhe são claramente aplicáveis (núcleo duro de sentidos),⁵³¹ ou seja, quando os sentidos do texto da lei ou do precedente forem unívocos, o que, conseqüentemente, exoneraria o intérprete de qualquer esforço interpretativo, vez que “resolveria mecanicamente a questão mediante um raciocínio silogístico cuja premissa maior seria a *norma jurídica*”,⁵³² o caso em questão seria considerado como fácil.

Por sua vez, os casos tidos como difíceis consistiriam naqueles em que as circunstâncias fáticas estão encobertas por uma zona de penumbra (*Penumbra of Debatable Cases*),⁵³³ isto é, não disciplinadas por textos dotados de sentidos inequívocos,⁵³⁴ o que demandaria um esforço interpretativo por parte do julgador. Nessas situações excepcionais, o intérprete-juiz teria à sua disposição os princípios gerais do Direito, que serviriam como uma

⁵²⁹ ABBOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. Subitem 3.8.1 [n.p.].

⁵³⁰ Apesar do pioneirismo, a previsão desta cisão não se restringe ao positivismo de Hart, estendendo-se às teorias discursivo-procedurais desde Habermas e Günther até Alexy e Atienza (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 297).

⁵³¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 139.

⁵³² NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho [p.243-268]. In: *Doxa. Cuaderno de filosofía del Derecho*. n. 14. Universidad de Alicante, Alicante, 1993, p. 253 [tradução livre. Itálico acrescido por mim].

⁵³³ Nas palavras de Hart: “[...] *must have some standard instance in which no doubts are felt about its application. There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out*” (HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals [p. 593-629]. In: *Harvard law review*. v. 1. n. 4. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review Association, (Feb.) 1958, p. 607.

⁵³⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias de argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 84.

reserva de sentidos, proporcionando uma “abertura hermenêutico-interpretativa” aos textos das regras semanticamente insuficientes.

Conforme explicitado no capítulo anterior (item 2.5), em circunstâncias tais, segundo aqueles que defendem esta estrutural divisão, a textura aberta da linguagem do Direito deixaria ao juiz uma margem, com maior ou menor amplitude, de escolha discricionária dos sentidos a serem aplicados ao caso, a fim de colmatar os espaços de vaguezas ou obscuridades existentes,⁵³⁵ permitindo a ele enfrentar a questão-problema como se não houvesse uma única resposta correta a alcançar.⁵³⁶

A tese da divisão entre casos fáceis e difíceis consiste na ideia de que, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.⁵³⁷ No entanto, em sentido contrário a este, acreditamos que pretender cindi-los estruturalmente e, por conseguinte, apostar na discricionariedade para solução dos casos tidos por difíceis, trata-se de construção teórica inadequada.

É preciso que se tenha claro, desde já, que não se quer aqui sustentar a impossibilidade de existirem casos fáceis. Como bem ressaltou Müller (rever subitem 2.5.1.2), as situações nas quais o âmbito da norma (dados linguísticos referentes aos elementos fáticos) é inteiramente gerado pelo Direito, como ocorrem p. e.x., com as disposições legais que versam sobre prazos processuais, datas, disposições quanto à forma entre outras, não apresentam, em geral, acentuadas dificuldades para a concretização da norma, o que pode inclusive conduzir à errônea conclusão de que a solução da questão posta ocorreria por meio da subsunção.

O que aqui se defende é a impossibilidade de uma institucionalização⁵³⁸ desta pretendida distinção entre casos fáceis e casos difíceis, como se fosse possível um delineamento prévio e exauriente das características específicas de cada um deles, numa

⁵³⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 140.

⁵³⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 145.

⁵³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 42. O pensamento do processualista italiano, quanto ao ponto, se aproxima em muito à hermenêutica psicológica de Schleiermacher, refratário, portanto, à viragem ontológico-linguística operada por Heidegger e Gadamer, já que para Cappelletti, interpretar “significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los”, no intento de reproduzir os sentidos que este (o autor) quis transmitir. Todavia, segundo Cappelletti, “[p]or mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* - porque não há texto [...] que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade [leia-se: discricionariedade] interpretativa” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* 1993, p. 21-21).

⁵³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 301.

espécie de rótulo, o que significaria acreditar que cada um deles é dotado com um algo-em-si identificável *a priori*.

Isso se dá, primeiro, porque a interpretação não é uma atividade *sui generis*,⁵³⁹ como que uma carta guardada na manga do intérprete-julgador reservada às ocasionais situações em que a resolução da causa se revelar especialmente difícil.⁵⁴⁰ Pretender o contrário é buscar cindir o que não comporta cisão: “o compreender, como o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação”.⁵⁴¹

Tanto não é a interpretação uma atividade reservada apenas à resolução dos casos tidos como difíceis, que o próprio ato de distinguir um caso fácil de um caso difícil já pressupõe, antes, o ato compreensivo.⁵⁴² “Afim, *como saber se estamos diante de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?*”.⁵⁴³

Portanto, para que se possa dizer que um caso é fácil ou difícil é preciso, antes, interpretar. Ao fazê-lo, o intérprete-julgador já não mais poderá dizer que o caso é fácil.⁵⁴⁴

Desta forma, não se sustenta a pretendida divisão fundada na dispensabilidade, ou não, do esforço interpretativo para a solução do caso decidendo. Em sendo este o critério de diferenciação, tem-se que todos os casos são difíceis, pois há em todo caso um convite à interpretação. Todo e qualquer caso demanda ser interpretado.

A nefasta consequência proveniente da defesa da tese de que a interpretação é uma atividade excepcional reservada aos casos difíceis, é a de se acreditar que possam existir – e, assim, de que possam ser fornecidas – respostas antes das perguntas.

Tal risco espreita os provimentos vinculantes (súmulas e precedentes),⁵⁴⁵ cujos verbetes e ementários “(pré)dominam as práticas judiciais, [com] a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas)”, como se portassem em si respostas prévias, ofertáveis antes mesmo de as perguntas serem formuladas a partir de determinada facticidade proveniente do caso concreto,⁵⁴⁶ e como se bastasse o simples ato de invocar o

⁵³⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 220.

⁵⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 58.

⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 299.

⁵⁴² SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; FONTANIVE, Thiago. Hermenêutica tem relevante importância para a pesquisa jurídica. In: *Conjur*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-21/diario-classe-hermeneutica-relevante-importancia-pesquisa-juridica> > Publicado em: 21 abr. 2018. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁵⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 299.

⁵⁴⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 152.

⁵⁴⁵ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.1 [n.p.].

⁵⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2012, p. 73.

enunciado de uma súmula ou a ementa de uma decisão para que o julgador se veja exonerado de qualquer esforço interpretativo.⁵⁴⁷

Porém, responder corretamente pressupõe a existência prévia de perguntas, provenientes da facticidade do caso real ou imaginado, ponto de onde o intérprete partirá nas voltas no círculo hermenêutico-interpretativo.

É válido chamar a atenção para o fato de que interpretação não é nada mais, mas também nada menos, do que o modo de desenvolvimento do compreender, que ocorre pela apropriação das possibilidades em que o poder-ser do *Dasein* se projeta. Essa apropriação “não é jamais algo sem pressuposto: parte de um referencial que se tem (*Vorhabe*), explicita-se em conceitos prévios (*Vorgriffe*) numa certa perspectiva (*Vorischt*)”.⁵⁴⁸

Por esse motivo, no âmbito da concretização da norma, a individualização dos dados linguísticos que versam sobre as especificidades do caso concreto em julgamento representa um dos pontos basilares para a construção da resposta correta, já que o caso-problema é o motor das voltas do círculo hermenêutico. Por isso, como indicado à sociedade até aqui, a facticidade é um elemento co-constitutivo da normatividade.

Segundo, é um desacerto acreditar que nos casos ditos como fáceis, os princípios (constitucionais, e não os gerais do Direito) teriam sua aplicação excetuada em razão da suficiência semântica das regras frente ao caso. Se assim fosse, isto significaria perpetuar uma nova divisão, agora do próprio Direito, em dois diferentes mundos: uma para as regras, que teriam existência própria e isolada; e outro para os princípios, que possuiriam uma existência subsidiária e dependente, dada a função complementar que exerceriam em função das regras,

⁵⁴⁷ Buscando exemplificar o fato de que os provimentos vinculantes, tais como as súmulas, são entendidas com frequência como forma de desobrigar o intérprete de todo e qualquer esforço interpretativo, destacamos o que foi dito pela Ministra Ellen Gracie quando do julgamento da proposta de súmula vinculante n. 1-6 do Distrito Federal, que posteriormente se tornou conhecida como súmula vinculante n. 14. A matéria de fundo discutida naquela oportunidade, e que posteriormente foi sumulada, cuida(va) do direito do advogado do indiciado em ter acesso aos autos do inquerido policial durante o curso da investigação. Durante as discussões mantidas na sessão do Tribunal Pleno, a Ministra Ellen Gracie sustentou que o caráter vinculante da súmula repousa, justamente, no fato de não apenas desobrigar qualquer esforço interpretativo, mas busca de todo impedi-lo, ao dizer que “[u]ma súmula não pode ser submetida a interpretações de todas as autoridades policiais. Ou então, não é uma súmula vinculante”. Mais a frente, a Ministra completa esse raciocínio dizendo que “[a] súmula é algo que não deve ser passível de interpretações, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante n. 1-6 do Distrito Federal*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados dos Brasil. Relator: Min. Menezes Direito. Tribunal Pleno. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. Dje: 27/03/2009. p. 29 e 34. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019).

⁵⁴⁸ NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo* [livro eletrônico]. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002, Posição 179. n. p.

enquanto uma reserva de sentido para as eventuais situações de escassez de significância destas.⁵⁴⁹

Conforme anteriormente explicitado, os princípios instituem e legitimam as regras. Portanto, “um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor”, que se desenvolve a partir da pré-compreensão forjada segundo a moralidade política, responsável por antecipar o “sentido que deve ser dado ao direito nesta quadra da história”.⁵⁵⁰

Desta maneira, mesmo nas situações em que a solução do caso se dá por meio da aplicação de uma regra, aplicam-se, também, princípios, ainda que de forma “subterrânea”, por estarem eles “encobertos” pela objetividade das regras em seu caráter ôntico.

A razão de ser deste fenômeno é a universalidade hermenêutica (*holism*). É impossível compreender a parte sem antes compreender o todo. Daí por que a correta compreensão da regra (*logos apofântico*) requer uma pré-compreensão instituída por pré-juízos autênticos (*logos hermenêutico*), ou seja, segundo o todo íntegro e coerente dos princípios jurídicos constitucionais, que são “fundantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o Direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”.⁵⁵¹

Também por isso os princípios não se encontram materializados na lei, em algum precedente ou mesmo na Constituição, mas remetem “à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos” apreendidos em conjunto e nunca isoladamente.⁵⁵²

Não sendo possível cindir interpretação e aplicação, que ocorrem num único momento, não há meios de isolar regra e princípios. Em verdade, é “impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor (isto não é “criação” da hermenêutica; os princípios constitucionais são o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo)”,⁵⁵³ posto que o todo da moralidade política condiciona a pré-compreensão

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica diante da relação “regra-princípio” e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. RT Online. v. 98 [p. 241-266]. set./out. 2012.

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 303.

⁵⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise filosófica*, 2003, p. 108.

⁵⁵² ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3. item 3.8.1 [n.p.]

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 567-568.

técnico-jurídica do intérprete, e serve de baliza à autenticidade de seus pré-juízos acerca da prática e da teoria do Direito.⁵⁵⁴

Portanto, também nos casos em que o âmbito da norma é inteiramente gerado pelo Direito, a solução do caso concreto envolverá a aplicação de princípios.

A título exemplificativo, podemos citar os casos de inadmissão de um recurso por decisão do relator designado, em razão de sua intempestividade (art. 932, III, CPC).

Por haver por detrás desta regra princípios que a instituem e lhe conferem legitimidade, como é o caso, por exemplo, daquele didaticamente podemos denominar de *princípio da isonomia*, responsável por garantir aos agentes processuais oportunidades de se manifestarem nos autos em iguais condições, evitando que uma das partes desfrute de injustificada vantagem sobre a outra, isto é, maior lapso temporal para formular as suas razões ou contrarrazões recursais, certo é que a solução da questão pressupõe não apenas a aplicação da regra que prevê a inadmissibilidade do recurso intempestivo, como também do princípio que a institui.

Outro exemplo são as situações de deferimento ou indeferimento das tutelas provisórias de urgência (art. 300 e ss., do CPC) e evidência (art. 311, do CPC), que cuidam de redistribuir o ônus do tempo do processo entre autor e réu, que igualmente possuem como pano de fundo, dentre outros, o *standard* normativo da isonomia.

Por esta razão, eventual decisão que releve a aplicação da sanção processual no primeiro caso (não conhecimento do recurso), e defira ou indeferia a tutela provisória de urgência ou de evidência no segundo exemplo, deverá ser precedida de uma fundamentação das razões que demonstrem que a resposta ao caso, concretiza adequadamente o princípio instituidor das referidas regras, indicando como este novo capítulo decisório integrará de forma coerente o romance em cadeia, construindo-o sobre a sua melhor luz. Ao fazê-lo, o julgador assumirá o compromisso de manter idêntica postura quando do julgamento de casos futuros similares.

Em seu ataque ao positivismo de H. L. A. Hart, Dworkin também diferencia casos fáceis de casos difíceis. Apesar disto, não é possível afirmar que o jusfilósofo norte-americano realize uma cisão estrutural entre eles, vez que em sua teoria não há qualquer forma de diferenciação entre interpretação e aplicação, ao passo que ele tampouco enxerga a interpretação como uma atividade ocasional, da qual estaria o julgador desobrigado quando no confronto de casos fáceis. Tanto é assim que não há em Dworkin uma duplicidade de

⁵⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 62.

tratamento ou de técnicas diferenciadas para a solução das causas, ou seja, uma para os casos fáceis e outra os casos difíceis.⁵⁵⁵

É igualmente determinante o fato de que a diferenciação (casos fáceis vs. casos difíceis) realizada por Dworkin, não serve a autorizar qualquer decisionismo jurídico-decisório. Como ferrenho opositor da discricionariedade, ele defende que “mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”.⁵⁵⁶

Ainda segundo Dworkin, uma comunidade de princípios não está refém dos códigos – e de sua ínsita insuficiência –, como se neles se resumissem o todo do Direito, e a legislação não sinalizasse para qualquer “significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei”.⁵⁵⁷

A comunidade de princípios, ao contrário, reconhece que a legislação decorre de um compromisso atual que possui com o esquema precedente da moral política que compõe a história institucional do Direito (tradição autêntica), que começa antes da aprovação da lei, e perdura, condicionando a sua interpretação-aplicação, “até o momento em que se deve decidir o que ela agora declara”.⁵⁵⁸

Por isso, muito antes de decidir arbitrariamente, deve o juiz reconstruir a história institucional do Direito, se perguntando “qual a interpretação da lei mostra [...] mais claramente o desenvolvimento político que inclui e envolve essa lei”.⁵⁵⁹

Em termos hermenêuticos, é dizer que, por estar desde sempre inserido na história, deve o julgador se certificar que a sua pré-compreensão tenha sido forjada por pré-juízos autênticos, no intuito de evitar que o seu projetar de sentidos seja maculado por hábitos inconscientes de pensamento.

Para densificar este argumento, utilizaremos o conhecido exemplo de Hart quanto à *proibição de trânsito de veículos em um parque*. Ao enfrentar a questão, Hart indaga se esta proibição, que por certo se dirige a automóveis, também se estenderia a bicicletas, aviões e patins. Assim, segundo ele, dada a “textura aberta” do texto da lei, importa saber se estes

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 423.

⁵⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2000, p. 430.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 413.

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 413.

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 377.

outros meios de transporte que não automóveis, estariam, ou não, englobados pela expressão “veículos” para os fins da proibição legal.⁵⁶⁰

Segundo Hart, este caso hipotético exemplifica as situações fáticas que apresentam apenas alguns dos elementos dos casos simples (*easy cases*), mas lhes faltam outros. Por possibilitarem a ocorrência de situações não familiares, como definir se é, ou não, proibido o trânsito de bicicletas – porque veículo – no parque, “a subsunção e a extração de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se”.⁵⁶¹

Nestas situações, por estar impossibilitado de agir de forma automática ou mecânica, o julgador se veria forçado a lançar mão da interpretação, valendo-se da discricionariedade para decidir o caso, no intuito de escolher dentre as opções igualmente válidas encontráveis na “moldura normativa” (Kelsen) (proibir ou não o trânsito de bicicletas) aquela a ser aplicada ao caso.

Contudo, restringir-se à análise meramente semântica da regra, delegando à vontade do julgador a prerrogativa de decidir os sentidos a serem aplicados ao caso, em razão da constatada insuficiência ôntica das regras, é se esquecer que a linguagem possui dupla estrutura, e de que a pré-compreensão fundada em pré-juízos autênticos é condição de possibilidade de respostas corretas em Direito, construídas a partir de uma fusão de horizontes.

Lenio Streck, em análise de exemplo hipotético similar ao de Hart (o exemplo trabalhado pelo jurista gaúcho versa sobre a proibição de *trânsito de cães no parque*), ressalta que em sendo o fim último, isto é, a funcionalidade da regra estatuída, a proteção dos frequentadores do parque, será a tradição que indicará a resposta correta, mediante a reconstrução da integridade e coerência do Direito, vez que é segundo ela que se poderá definir quais *animais* e quais *veículos* representam perigo aos frequentadores desse ambiente público, ao passo que será ela, também, a responsável por sinalizar para a possibilidade de circulação de bicicletas, bem como de cães-guia e outros pequenos animais, pois que inofensivos (naquilo que por isso se entende na tradição) aos transeuntes.⁵⁶²

É válido aqui abordar outro intrigante exemplo que servirá para explicitar o que estamos a defender.

⁵⁶⁰ HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals, p. 607.

⁵⁶¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, 2007, p. 140.

⁵⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 316.

A problemática a ser abordada foi referida por Daniel Mitidiero em aula magna que contou com a presença e preleção do processualista italiano Michele Taruffo, ministrada na Universidade Federal do Espírito Santo,⁵⁶³ ao tratar sobre o risco advindo da equiparação entre texto e norma.

O exemplo advém do regramento processual concernente aos requisitos necessários ao deferimento de tutela provisória de urgência, quando a pretensão processual da parte requerente (pedido mediato) for o deferimento de alimentos.

Segundo prevê o Código de Processo Civil, para o deferimento da tutela provisória de urgência, além da comprovação da presença dos requisitos positivos, quais sejam: a probabilidade do Direito e o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, CPC); deve o requerente demonstrar a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão⁵⁶⁴ (art. 300, §3º, CPC), o que representa uma espécie de requisito negativo.

Uma análise rasa da regra legal, como se a linguagem não possuísse uma dupla estrutura, conduziria à impossibilidade de deferimento da tutela provisória de urgência *em todos os casos em que o pedido formulado pela parte requerente versasse sobre alimentos*, já que, sendo estes irrepetíveis, a antecipação da tutela é, por força e invariavelmente, irreversível.

O estranhamento advindo do confronto desta problemática serve para demonstrar como é temerária a cisão estrutural entre casos fáceis e difíceis, chamando atenção para o fato de ser imprescindível a averiguação acerca da legitimidade dos pré-juízos, segundo a tradição autêntica, para um projetar de sentidos que possam se confirmar na coisa ela mesma.

⁵⁶³ Aula Magna Internacional proferida por Michele Taruffo e Daniel Mitidiero. Tema: *Justiça Cível: Desafios*. Realizada em 10. abr. 2019, no auditório Manuel Vereza, no Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo. Realização: Programa de Pós-graduação em Direito Processual Civil (PPGDIR).

⁵⁶⁴ Conforme preleciona Marcelo Abelha Rodrigues, o requisito negativo previsto pelo art. 300, §3º, do CPC, trata dos *efeitos práticos ou fáticos* da decisão que defere a tutela provisória de urgência antecipada, já que, ao menos no plano teórico formal, toda decisão provisória é reversível (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. In: *Interesse Público* [p. 15-61]. v. 97. Belo Horizonte: mai./jun. 2016, p. 55). Há, contudo, posição doutrinária em sentido contrário a esta. Em obra dedicada à temática das tutelas provisória de urgência e da evidência, Luiz Guilherme Marinoni defende que a provisoriedade da tutela antecipada se refere a sua incapacidade de por fim, em definitivo, à controvérsia, cuja solução demanda cognição mais profunda. Logo, para o autor, inexistente óbice ao seu deferimento em situações em que os efeitos fáticos provenientes de seu deferimento sejam irreversíveis (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 120-121). Discordamos, contudo, desta posição, haja vista acobertar a possibilidade de o processo tornar-se um não-instrumento, isto é, uma mera peça de burocracia sem fins sobre o mundo fático, *i.é.*, sem efeitos práticos, uma vez que o provimento final nesses casos não lograria êxito em reverter o efeito operado na realidade cotidiana, que fora perpetuado a partir do deferimento da medida “provisória” (que nesse caso, nada teria de provisoriedade).

A reconstrução da integridade e coerência do Direito possibilita o projetar da resposta correta para além da insuficiência semântica do art. 300, §3º, do CPC. O estranhamento – que não ocorre nas situações em que não se indaga os motivos pelos quais a resposta é aquela – causado por essa situação peculiar, representa o momento em que a coisa (texto) convoca o intérprete a compreendê-la.⁵⁶⁵

O projetar de sentidos fundado sobre a base principiológica constitucional, que assegura a todos os cidadãos o direito a condições de uma vida digna – que é, inclusive, a responsável por estender o sentido de “alimentos” para muito além da garantia à mera subsistência, alcançando, por exemplo, o direito à manutenção do padrão social de vida levado pelo alimentando –, aponta para o fato de que, constatada a necessidade do alimentando e a possibilidade econômico-financeiro daquele que tem o dever de prestar os alimentos (alimentante), a irreversibilidade dos efeitos práticos da decisão que antecipa os efeitos da tutela, em razão da irrepetibilidade ínsita à natureza jurídica dos alimentos, não pode conduzir ao indeferimento da tutela provisória pretendida, sob pena de violação ao princípio constitucional que institui a regra.

Ou seja, se se cogita a aplicação da regra desvinculada do princípio que a institui e legitima, outra não seria a consequência senão a sua inconstitucionalidade.

Com isto, resta evidente que analisando unicamente o âmbito semântico da referida regra – caso equivocadamente compreendida como um algo-em-si, “solta” no ordenamento jurídico, sem que por trás dela existisse um princípio que a institua e legitima –, não se poderia chegar à resposta correta ao caso.

Fosse possível subsumi-la ao caso, mediante uma ação automática e mecânica, a conclusão seria, de um lado, a (inafastável) inconstitucionalidade da referida regra; de outro (desde que desconsiderado a sua clara inconstitucionalidade), a defesa de que a referida problemática tornaria esse um caso difícil, solucionável por meio da discricionariedade. Nesse caso se cogitaria, inclusive, a possibilidade de indeferimento do pedido, já que essa se perfaz numa solução possível dentre aquelas disponível na “moldura normativa”.

Se assim fosse, haveria a existência de um direito material (alimentos) desprovido de um meio processual apto a efetivá-lo. Ou seja, perder-se-ia de vista o fato de que “[o] direito material funciona como ponto de partida para o direito processual”.⁵⁶⁶

Em sentido contrário, temos que a definição dos sentidos atribuíveis ao texto da lei não provem das convicções pessoais do julgador (pré-juízos inautênticos), tampouco da

⁵⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 310.

⁵⁶⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *As relações entre o direito material e o direito processual*, 2002, p. 7.

vontade da própria lei ou do legislador – argumentos esses que, como bem lembra Dworkin, são apenas cortinas de fumaça atrás das quais, os que as invocam, impõem sua própria visão acerca do que a lei deveria ter sido –,⁵⁶⁷ mas sim da pré-compreensão forjada na tradição autêntica do Direito, íntegra e coerente.

Na eventual necessidade de rompimento desta cadeia significativa, o dever de justificação se agrava, “e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada”. Uma vez que dando-se o rompimento da sequência do romance em cadeia, essa alteração “adere-se à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo, em momento subsequente”.⁵⁶⁸

3.6.2 A CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA: NOS PASSOS DE HÉRCULES

Como indene de dúvidas, o trabalho desempenhado pelo juiz e a responsabilidade política daí advinda estão distantes de qualquer noção de singeleza.

O dever do julgador de reconstruir (atribuindo sentido) a narrativa dos fatos trazida aos autos pelos jurisdicionados (do âmbito material até a obtenção do âmbito da norma), e de reconstruir, dando continuidade à história institucional do Direito quando da concretização da norma-decisória, certificando-se de que a introdução deste novo capítulo ao romance em cadeia garantirá a sua integridade e coerência, ao demonstrar as razões pelas quais “entendeu que a decisão proferida está em harmonia com a Constituição, com as leis, com os precedentes e com a doutrina”,⁵⁶⁹ revela quão desafiadora é a atividade judicativa, “que, se levarmos em consideração a proposta de Dworkin, é necessário representá-la por meio de uma metáfora ou um arquétipo de um juiz com capacidades sobre-humanas (Hércules) para realizá-la”.⁵⁷⁰

O “método” (ou melhor: modelo) de Hércules proposto por Dworkin, consiste na figura metafórica de um juiz-filósofo com “capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas”, que “não se baseia em suas próprias convicções”⁵⁷¹ (dogma voluntarista) para decidir o caso em julgamento, mas leva em consideração “as tradições morais da comunidade,

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 219.

⁵⁶⁸ ABOUD, Georges. *Discricioniedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.1 [n.p.]

⁵⁶⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Existe no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas? 2018, p. 7.

⁵⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*, 2017, p. 265.

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 166 e 194.

pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar”.⁵⁷²

Na realização da atividade interpretativo-aplicativa do Direito, Hércules não se porta como se fosse um sujeito alheio aos efeitos da história (princípio da história efetual), como que posto em um ponto fora dela, mas se posiciona de forma “semelhante a qualquer membro pensante da comunidade, disposto a discutir o que equidade, a igualdade ou a liberdade exigem em determinadas ocasiões”.⁵⁷³

Ele também é dotado com a capacidade de sempre conferir adequado tratamento às leis, ao interpretar “cada uma delas de modo a, considerados todos os aspectos, fazer seu histórico chegar ao melhor resultado possível”.⁵⁷⁴

A sua capacidade de assim agir, reside no fato de que ele sabe que o Direito não se exaure nos códigos, como se não existisse “nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei”, e que representam o “compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política”.⁵⁷⁵

Por esse motivo, Hércules jamais empreende a vã tentativa de buscar remover a intrínseca temporalidade dos sentidos que foram historicamente emprestados aos textos normativos, o que seria de todo impossível, já que uma vez gerado, o texto assume vida autônoma,⁵⁷⁶ e para que seja possível compreendê-lo adequadamente é preciso estar pronto a deixar que ele diga algo. Isso exige uma consciência educada hermeneuticamente, capaz de, desde o princípio, mostrar-se sensível e receptiva à alteridade do texto.

Quanto a esta receptividade, Gadamer esclarece que ela “não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais”.⁵⁷⁷ Ou seja, o primordial é tornar-se consciente acerca dos próprios pré-juízos, do qual sempre se parte em quando do projetar de sentidos, para que o texto possa se apresentar em sua alteridade, possibilitando, assim, um confronto de sua verdade com os pré-juízos pessoais do intérprete. Nisso consiste dizer que inexistente qualquer forma de “objetividade”, para aquela da confirmação que um pré-juízo obtém na “coisa ela mesma”.⁵⁷⁸

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 196

⁵⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 200.

⁵⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 453.

⁵⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 413.

⁵⁷⁶ REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, 1991, p. 632.

⁵⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 358.

⁵⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*, 2007, p. 358 e 356.

Hércules é cômico de sua situação hermenêutica, como também dos efeitos da história (*Wirkungsgeschichte*) incidentes sobre o texto. Por esse motivo, ele rejeita “a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo – e único – significado que sempre terá”.

Isto faz com que não se limite a interpretar apenas o “texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento”, e por isso “sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando”. Em suma, “Hércules interpreta a história em movimento”.⁵⁷⁹

Para mais, em hipótese alguma ele submete uma questão jurídica, seja ela de ordinária ou de maior complexidade, à opinião popular.⁵⁸⁰ Julgador nenhum deve ceder ao ímpeto populista de discursos como o de “atender ao clamor popular”. Além disto, o juiz Hércules também não finge que sua interpretação consiste em descobrir a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) ou da lei (*voluntas legis*),⁵⁸¹ já que, como anteriormente ressaltado, tais discursos são uma mera cortina de fumaça atrás da qual, os que os invocam, escondem a imposição de sua própria visão (subjetivista) “acerca do que a lei deveria ter sido”.⁵⁸²

Segundo Dworkin, ao buscar interpretar uma lei, Hércules se indaga, não acerca da *vontade* (do legislador ou da lei), mas sobre o seu *propósito*, isto é, sobre o objetivo ou a finalidade a qual os textos normativos se prestam.

Não é despropositado sugerir cautela àqueles que, se debruçando sobre esta questão, se disponham a empreender a leitura da obra de Dworkin. Uma leitura apresada poderia conduzir à atribuição de sentido equivocado à terminologia utilizada pelo jusfilósofo, que para designar esta tarefa de Hércules, afirma que ele, ao interpretar uma lei, deve desenvolver teorias sobre aquilo que a *intensão* legislativa e dos princípios jurídicos requerem.⁵⁸³

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 416 e 419.

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 202.

⁵⁸¹ Lenio Streck apresenta, de forma crítica, os paradigmas filosóficos por detrás das teses da *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, ocasião em que esclarece como a primeira está fundada nos ditames da filosofia clássica, também denominada de realismo filosófico, “em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos “objetos” ou daquilo que é “dado” ao conhecimento”, enquanto a segunda tem por base a filosofia da consciência, pela qual o conhecimento não é “dado”, mas sim “construído” pelo sujeito cognoscente, que se vale de um método de análise no intento de estabelecer os sentidos, o que deságua numa subjetividade assujeitador dos sentidos, porque tem como fundamento a vontade do sujeito. Para maior aprofundamento, conferir: *Lições de crítica hermenêutica do direito*, 2014, p. 95-114.

⁵⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2000, p. 220.

⁵⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 165.

Com efeito, seria um grave equívoco creditar ao conceito de *intensão* utilizado pelo autor, o significado de *vontade*, seja ela da lei ou do legislador, já que ambos são argumentos veementemente refutados por Dworkin.

Indagar acerca da *intensão legislativa*, ou seja, a sua finalidade, servirá para que Hércules possa construir, com base em argumentos de princípios, a melhor interpretação possível de determinada lei, o que não raro lhe conduzirá para além da insuficiência ôntica das regras em questão.

Retomemos o singelo exemplo da regra que proíbe o trânsito de veículos nos parques, a fim de que possamos esclarecer este argumento.

Como tivemos a oportunidade de expor linhas acima, pode-se ventilar que a funcionalidade da regra estatuída é de proteger os frequentadores do parque. Visa-se alcançar este intento pela via proibitiva, eliminando, ou ao menos reduzindo, a probabilidade de ocorrência de uma eventualidade danosa envolvendo veículos que representam um significativo perigo aos transeuntes desses espaços públicos.

Quais veículos podem ser considerados perigosos? Bem, a resposta à questão será obtida indagando à tradição a respeito. Será ela que poderá indicar que veículos de propulsão humana (art. 96, “c”, CTB), tais como bicicletas são inofensivos, à medida que pode, por outro lado, apontar o potencial danoso que o uso indiscriminado de veículos elétricos (art. 96, “b”, CTB), como *scooters*, triciclos e motos elétricas, representam à segurança dos frequentadores do parque.

A criatividade de Hércules ao decidir – para além da insuficiência ôntica da regra – pela permissão do trânsito de bicicletas, não significa, em absoluto, que ele tenha atuado como um legislador togado, criando direitos jurídicos novos, aplicando-os retroativamente ao caso.

Seria, portanto, “incorreto afirmar que Hércules completou o que o poder legislativo fizera ao promulgar a lei, ou que ele tentou determinar o que o poder legislativo teria feito se tivesse levado em consideração o problema apresentado pelo caso”.⁵⁸⁴

Ao atribuir sentido à prescrição normativa, decidindo que o conceito de “veículo”, hermeneuticamente compreendido, deve englobar apenas os meios de transportes considerados perigosos às pessoas que circulam por esses espaços públicos, Hércules, mediante argumentos de princípios, tão somente potencializou a interpretação vinculante da

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 170.

referida regra legal, a fim de que esta alcançasse a sua finalidade da forma mais adequada possível.

Isso equivale dizer que Hércules construiu uma “interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz”,⁵⁸⁵ justificando a referida regra, melhor do que qualquer teoria alternativa.

É preciso compreender bem este ponto, para que não se incorra no equívoco de acreditar que as decisões pretéritas devam ser aplicadas à maneira de uma lei, já que Hércules, ao decidir um caso, não legisla sobre ele, e logo, não cria novos direitos jurídicos.

A força gravitacional de um precedente repousa não em sua *intenção* ou *finalidade*, como se uma lei fosse, mas no apelo à *equidade*, que se consubstancia no dever do Poder Judiciário de tratar casos semelhantes do mesmo modo.⁵⁸⁶

No exemplo em análise, a decisão que apontou para o fato de que a regra que veda o trânsito de veículos nos parques não é aplicável aos ciclistas, pode se estender, em casos futuros, a fim de beneficiar, por exemplo, patinadores e skatistas, pois que os argumentos de princípios que fundamentaram tal decisão devem, a bem da equidade, se repetirem nos casos similares que porventura surjam, uma vez que também patins e skates podem, segundo a tradição, vir a ser definidos como “não perigosos”.

Assim, tem-se que a força gravitacional desta decisão, que é um fragmento da história institucional do Direito,⁵⁸⁷ dependerá: (i) da similitude entre as demandas, bem como (ii) da manutenção dos argumentos de princípios que lhe dão sustentação.

Na hipótese de os princípios que fundamentaram determinada decisão perderem força, a autoridade específica desse ato jurídico-decisório será preservada, pois que seus efeitos terão sido efetivados, mas a sua força gravitacional em direção ao futuro se extinguirá.

Ao versar sobre esta diferença de trato conferido por Hércules à legislação e aos precedentes, Dworkin exemplifica o seu argumento fazendo alusão à situação hipotética em que o Poder Legislativo deseja estimular a economia, e possa fazê-lo, com aproximadamente idêntica eficiência, tanto fornecendo apoio monetário à construção de conjuntos habitacionais, como subsidiando a construção de novas estradas. Esta situação, afirma Dworkin, não confere a nenhum dos dois seguimentos o direito a que o Poder Legislativo opte pela sua respectiva construção; e se o fizer, as sociedades empresas do seguimento “preterido” não terão qualquer

⁵⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 169.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 176.

⁵⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 176-177.

direito, de acordo com algum dever de consistência por parte da Administração Pública, para que o governo venha igualmente subsidiar a sua atividade empresária.

Isso sucede porque ao Poder Legislativo é dado o uso de argumentos de política – desde que não opostos à Constituição –, objetivando atingir metas em prol do bem-estar da comunidade que representa, sendo precisamente essa a funcionalidade a qual se presta. Desta forma, um governo responsável pode servir a diferentes metas, e aplicá-las de forma gradativa e mesmo ocasional.⁵⁸⁸

Situação bem diferente ocorre com o Poder Judiciário, cuja força gravitacional de suas decisões provém dos argumentos de princípios que as justificam. Destarte, no exemplo dado por Dworkin, a impossibilidade de uma decisão favorável a uma sociedade empresária do seguimento não incluída no programa do governo, ocorre porque a decisão política (meta econômica) estabelecida não lhe engloba. Logo, ela não conta com um direito jurídico de fundo que deva ser concretizado via decisão judicial.

Consequentemente, inexitem em tal caso argumentos de princípios subjacentes capazes de, pela equidade, inclinar a decisão na direção que seja favorável à pessoa jurídica em tal situação. Um julgador que desprezasse tal fato e, mesmo sem um direito jurídico prévio favorável a essa sociedade empresária, lhe estendesse o fomento econômico estipulado pela decisão política, estaria atuando como uma espécie de legislador togado, ao criar uma nova hipótese de incidência à referida regra, findando, assim, por imiscuir-se ilegitimamente no âmbito da competência reservada ao Poder Legislativo, algo que Hércules, cômicos acerca de suas atribuições, certamente não faria.

Ainda quanto à figura de Hércules, é imprescindível que se tenha claro que ele representa um ideal abstrato e *metafórico* de julgador, que serve, enquanto um modelo, de guia aos juízes do mundo real, a quem devem buscar imitar mesmo que de forma limitada.⁵⁸⁹

Ao seu turno, no que concerne propriamente à resposta correta, é igualmente preciso não se esquecer de que ela também é uma *metáfora*.⁵⁹⁰ Ou seja, a resposta correta não

⁵⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 179.

⁵⁸⁹ A razão pela qual “um juiz verdadeiro [...] só pode imitar Hércules até certo ponto”, consiste no fato de Hércules ser um ideal incancelável. Para além de seus talentos sobre-humanos, o juiz filósofo “[n]ão precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes”, já que possuiu “tempo infinito a seu dispor”. O objetivo de Dworkin com a utilização desta figura metafórica é “fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos com o direito” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 294 e 454-455).

⁵⁹⁰ Neste sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 387-394; ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.6 [n.p.]; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*, 2015, p. 155; FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25.

é um desde-já-sempre, como que previamente pronta, depositada num plano metafísico transcendental (mundo das ideais) à espera para ser desvelada pelo julgador e subsumida ao caso. Ela não é alheia à intrincada trama da vivência humana, como se provinda de uma distante realidade paralela, descendesse à realidade mundana para solucionar problemas que pela capacidade humana seriam insolvíveis (*deus ex machina*).

Ao contrário, não existem respostas absolutas e imutáveis. Sendo nós mesmos seres-jogados-no-mundo, o Direito, fruto da inventividade humana segundo uma determinada tradição, não é outra coisa senão uma construção dotada de historicidade, motivo pelo qual é um empreendimento mutável no tempo.

Não poderia ser diferente. Considerando que somos *entes* abertos às possibilidades do futuro (*facticidade*), o Direito, criação artificial de *entes* finitos, jamais poderia pretender fornecer respostas definitivas, indo de encontro ao modo-de-ser do *ente* que somos (*Dasein*). Fosse esse o intento da tese da resposta correta, corresponderia ela a uma proposta filosófica absurda,⁵⁹¹ vez que em oposição àquilo que é o *Dasein*, em sua abertura ao por vir (*ter-que-ser*).⁵⁹²

Portanto, não é possível acreditar que a resposta correta provenha de lugar outro que não a realidade cotidiana (mundaneidade), já que nem mesmo Hércules tem acesso a mistérios transcendentais igualmente obscuros aos juízes do mundo real.⁵⁹³

Não se trata, pois, de obter a resposta correta, como se ela fosse dotada de uma essência à disposição do julgador, ao alcance de sua mão. Ao contrário, a tarefa do julgador consiste em criá-la, a cada vez, *segundo uma determinada facticidade e mediante a reconstrução da história institucional do Direito*.

Logo, não se trata aqui de fazer uma defesa, em qualquer extensão, em prol de “afirmações amparadas em alguma fórmula de precisão quase matemática que garanta a

⁵⁹¹ Segundo Heidegger, entre as várias possibilidades abertas ao projetar do *Dasein*, há uma diferente de todas as outras, à qual ele não pode escapar. Trata-se da *morte*, essa sim, a possibilidade definitiva. Por essa razão, nas palavras do filósofo da Floresta Negra, ela é a possibilidade que encerra todas as demais possibilidades, pois que “é a possibilidade do já-não-poder-se-“aí””. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012 p. 691), o que faz dela, dentre todas as possibilidades abertas, a mais própria, já que diz respeito à essência da existência humana. Ela norteia o *Dasein* no caminho da existência autêntica, ao reclamar dele a realização e a aceitação de sua própria finitude (REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, 1991, p. 587-588).

⁵⁹² Segundo Heidegger, “o *Dasein* se determina cada vez como ente a partir de uma possibilidade que ele *é* e que, ao mesmo tempo e de alguma maneira, ele entende em seu ser” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, 2012, p. 143).

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 316.

existência de uma única decisão certa e inequívoca para cada caso apreciado à luz do Direito e que exclua, de plano, qualquer outra opção divergente ou alternativa”.⁵⁹⁴

Por outro lado, também não se trata de negar a possibilidade de existir uma pluralidade de respostas, consequência da multiplicidade de interpretação possíveis da lei. Contudo, tal possibilidade somente se admite em abstrato, anteriormente, portanto, à problematização do caso concreto. Em havendo um caso, haverá o dever do julgador de conferir aos jurisdicionados a resposta que seja a mais adequada à questão posta, tendo como parâmetro o que prescreve a Constituição, compreendida enquanto evento. “Ou seja, a resposta correta é a junção da melhor resposta que pode ser dada pelo magistrado com a melhor resposta a ser “obtida” no caso concreto, ela não é um valor inalterável a ser acessado metafisicamente pelo intérprete”.⁵⁹⁵

Opondo-se à matematização do Direito, e conseqüentemente, superando a relação sujeito-objeto, a tese da resposta correta é um franco combate à aposta na discricionariedade jurídico-decisória, passível de ser justificada no argumento da “falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do caso posto”.

Sendo assim, é seguro afirmar que os ataques desferidos contra a tese da resposta correta que estejam assentados “na suposta ideia de uma concepção de uma só e inequívoca forma correta de decidir juridicamente um caso, partem de uma premissa incorreta”,⁵⁹⁶ já que a tese – pela qual julgar é um ato de decisão e nunca de vontade – consiste no dever do Poder Judiciário em buscar a solução que seja a mais adequada, segundo a Constituição.

Dito de outra maneira, não se trata, pois, de existir única e exclusivamente *uma* solução jurídica para cada caso, mas sim que, mesmo existindo uma pluralidade de possibilidades, “o direito sempre teria (uma) resposta”. Frente ao todo conjectural do Direito, formado por regras e princípios, a criação desta resposta não jaz na vontade de um agir discricionário, “já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”.⁵⁹⁷

O caráter metafórico da resposta correta fica ainda mais evidente quando se atenta para o fato de que, segundo o próprio criador da tese, apenas um juiz hipotético com habilidades sobre-humanas é capaz de fazer frente a essa semidivina tarefa. Não bastasse isso,

⁵⁹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 117.

⁵⁹⁵ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 2, subitem 2.5; cap. 3, subitem 3.8.1[n.p.], respectivamente [as aspas na palavra *obtida* foram acrescentadas por mim].

⁵⁹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*, 2009, p. 122.

⁵⁹⁷ *Lições de crítica hermenêutica do direito*, 2014, p. 59.

o próprio Dworkin afirma que “nem Hércules, nem qualquer outro juiz ou crítico podem estar “realmente” certos sobre o verdadeiro conteúdo do direito”.⁵⁹⁸

Portanto, a exigência por uma decisão correta não versa sobre a obrigação do julgador de fornecer respostas para além da história, não sujeitas aos seus efeitos, e assim, reconhecíveis por todos em qualquer contexto histórico-social, mediante um consenso sobre sua “correteza”.

A resposta correta não é um resultado ideal-em-si que se espera obter (obrigação de resultado) ou uma garantia metodológica para tanto, é, antes, uma postura⁵⁹⁹ (obrigação de meio) a ser adotada pelo intérprete-julgador, que deve prestar contas⁶⁰⁰ acerca de sua decisão, explicitando as razões pelas quais acredita que a solução por ele fornecida “é a que melhor se adéqua ao Direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina”.⁶⁰¹

Essa postura que se exige do julgador lhe impõe a obrigação de ter em mente que realiza “um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que as contribuições se harmonizem com todas as outras”.⁶⁰²

Disso se extraí que responder corretamente consiste em uma dupla tarefa atribuída ao julgador: a de demonstrar de que maneira a sua decisão é a mais adequada às especificidades da causa, ou seja, que “é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórico-doutrinária”, bem como a de esclarecer os motivos “porque essa solução alcançada é a que respeita a coerência e a integridade do direito”.⁶⁰³

O fato de inexistir “uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma reposta em processos constitucionais, inéditos ou importantes”,⁶⁰⁴ não ofusca a necessidade de se buscar pela resposta correta.

⁵⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999, p. 314; Na versão original em inglês: “neither Hercules nor any other judge or critic can be “really” right about what the law is” (*Law’s empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 264).

⁵⁹⁹ CARVALHO NETTO, Melenick de. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*, 2011, p. 56 e 61; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* [p. 91-118]. Belo Horizonte. n. 54. jan./jun. 2009, p. 92.

⁶⁰⁰ MOTTA, Francisco Jorge Borges. *Levando o direito a sério*, 2009, p. 64.

⁶⁰¹ ABOUD, Georges. *Discricionariiedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.1 [n.p.].

⁶⁰² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 15.

⁶⁰³ ABOUD, Georges. *Discricionariiedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.1 [n.p.].

⁶⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 132.

Ante a inexistência de métodos disponíveis para tanto, à medida que a resposta correta implica um valioso ganho qualitativo ao Direito, vez que supera a crença no objetivismo e no subjetivismo, a Crítica Hermenêutica do Direito propõe a utilização de cinco princípios que corresponderiam a um *minimum applicandi*, ou seja, requisitos mínimos indispensáveis para a construção, a cada vez, da resposta correta ou adequada à Constituição.⁶⁰⁵ São eles:

(i) *Preservação da autonomia do Direito*. Esse princípio visa garantir que a decisão judicial seja pautada em argumentos de princípios, e jamais por argumentos de política. Com isso, busca-se assegurar que o Direito não sucumba a uma espécie de funcionalização, na qual o assumiria uma posição de subordinação “em função de outros interesses, tais como os econômicos, políticos e sociais, os quais, muitas vezes, mostram-se estranhos à ideia de justiça”.⁶⁰⁶

Dessa maneira, não deve a decisão pautar-se em finalidades ou objetivos a serem alcançados, como em geral se dão com relação a uma melhoria econômica, política ou social da comunidade, realizáveis em detrimento dos direitos individuais dos jurisdicionados. É, portanto, preciso levar os direitos a sério.

É válido esclarecer que a aplicação desse princípio não serve a inibir a atuação do Poder Judiciário quando instado a dar concretização à justiça constitucional, “mormente se pensarmos nas promessas não cumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem na Constituição”⁶⁰⁷ compromissória e dirigente.

Esse princípio implica também no fato de que a decisão judicial deve ter por base o todo conjectural *de princípios (ou virtudes) morais da comunidade política personificada*, e nunca a moral subjetiva do próprio julgador, “aos ditames de sua consciência ou convicções individuais, tampouco às tradições de certa classe ou partido”.⁶⁰⁸ Para dizer de outra forma, “a decisão adequada deve se assentar em solo jurídico e não veicular questões que acabam por fragilizar o caráter de garantia sustentado pelo direito”.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 584-588.

⁶⁰⁶ FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 173.

⁶⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 46.

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, 2006, p. 16.

⁶⁰⁹ ABOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.2 [n.p.].

(ii) *Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional.* A inexistência de um método à disposição do julgador, capaz de garantir a “correção” do processo hermenêutico-interpretativo, não serve para autorizar o decisionismo e a discricionariedade jurídico-decisório, pois a decisão jamais é um ato de vontade, segundo as convicções pessoais do intérprete. A defesa em prol de um agir subjetivista (= discricionário) somente seria possível caso existissem múltiplas respostas de igual validade, acrescidas a uma completa ausência de critérios institucionais existentes no Direito vigente capazes de inclinar julgador em direção à decisão correta.

Por existir uma tradição autêntica que deve ser resgatada para a adequada concretização da norma decisória, não há que se falar em escolha arbitrária, isto é, em vontade. A resposta a toda e qualquer questão levada à apreciação do Poder Judiciário é um ato de decisão, pois fundado em parâmetros normativos (argumentos de princípios).

Enfoque, pois, deste princípio é justamente a busca por limites interpretativos dos sentidos que são atribuídos intersubjetivamente ao longo da história aos textos normativos, para que se compatibilizem com a “coisa ela mesma”, garantindo-se, a manutenção da autonomia do Direito.

(iii) *Observar e garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito.* Com isso, exige-se que as decisões judiciais, por meio de uma adequada fundamentação, mantenham o compromisso com o resgate e com a reconstrução da história institucional do Direito. Visa-se impedir a volatilidade e imprevisibilidade de decisões que impliquem uma desarmoniosa mutação do empreendimento em cadeia (pragmatismo), desrespeitando o todo conjectural dos princípios morais da comum-idade política que institui e legitima esta história, como também evitar que os juízes do presente permaneçam presos de forma acrítica a decisões do passado (convencionalismo), o que obstaria o desenvolver desse empreendimento sob a sua melhor luz;

(iv) *Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais.* Consequência advinda do princípio precedente, a fundamentação adequada, enquanto um dever fundamental do jurisdicionado, é decorrência lógica da imensa responsabilidade política depositada sobre o julgador, com previsão legal no texto constitucional (art. 93, IX, CF), e também no Código de Processo Civil (art. 10, art. 489, CPC, para ficar apenas nesses).

Na linha do que fora abordado no capítulo anterior (item 2.6), a exigência de adequada fundamentação impõe ao juiz o dever de explicitar na fundamentação o que fora por

ele compreendido. Ou seja, ele deve demonstrar, discursivo-argumentativamente, as razões fático-jurídicas que o levaram à decisão tomada. Não é possível admitir, frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, que o julgador busque encobrir os reais motivos de sua decisão, apresentando em sua fundamentação argumentos outros que não integrou o caminho lógico por ele percorrido até chegar à decisão tomada.

(v) *Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.* Com o intuito de preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios jurídicos constitucionais, esse princípio visa obstar que interpretação-aplicação do Direito tenha como base um posicionamento solipsista, estranho ao domínio normativo da Constituição.

Busca-se garantir a manutenção das “condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica”.⁶¹⁰

Versando sobre o aspecto processual da resposta correta ou adequada à Constituição, a doutrina⁶¹¹ elenca um rol de requisitos a serem atendidos pelo julgador, que ao lado dos cinco princípios descritos acima, representam as condições mínimas para a construção da resposta adequada:

(i) *Identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto.* Conforme reiteradamente afirmando ao longo desse trabalho, nos trilhos da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, a facticidade (âmbito da norma) é elemento co-constitutivo da normatividade ao lado dos elementos linguísticos dos textos normativos (programa da norma).

Por esse motivo é impossível a concretização da norma jurídica sem a individualização de ambos os elementos que lhe integram, sendo, portanto, impraticável a construção da resposta correta sem a identificação minudente da facticidade própria ao caso concreto.

Uma consequência positiva advinda dessa exigência é a obtenção de uma ferramenta de combate à burocratização do Direito,⁶¹² evitando que as decisões judiciais se tornem o resultado de uma máquina automatizada encarregada de julgar não mais problemas

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 588.

⁶¹¹ ABOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.3 [n.p.].

⁶¹² NETO, Orlando Faccini. *Elementos de uma teoria da decisão judicial*, 2011. p. 175.

práticos advindos da cotidianidade, mas teses jurídicas abstratas, ou mesmo, resolução de casos em bloco, sem a devida atenção às especiais circunstâncias de cada um deles.

Contra os males da burocratização das instituições políticas, Hannah Arendt adverte que “quanto mais burocratizada a vida pública, maior será a atração exercida pela violência”, cujo potencial máximo, segundo a filósofa, é a “instituição de um sistema de órgãos no qual homem algum pode ser tido como responsável, e que poderia ser chamado com muita propriedade e domínio de Ninguém”, o que não se confunde com ausência de governo, pois este se perfaz em “uma tirania sem tiranos”.⁶¹³

A burocratização da vida pública é um risco que se faz presente no âmbito do Direito através da automatização de sua aplicação, devida, em muito, à errônea concepção de que os provimentos vinculantes serviriam para desobrigar juízes e tribunais de qualquer esforço interpretativo, o que vai de encontro às conquistas constitucionais surgidas com o pós-guerra, que servem para conferir legitimidade à coerção exercida pelo Estado em nome do Direito, e de onde provem a alta carga de responsabilidade política depositada sobre Poder Judiciário.

Por esse motivo, é imprescindível que seja identificada de forma precisa a questão fática a ser solucionada, a fim de que se cumpra com o primeiro requisito para a formação da resposta correta.

(ii) *O julgador deverá identificar a legalidade aplicável ao caso.* Este requisito representa a outra face da moeda. Se por um lado não há formas de concretizar a norma jurídica sem a identificação da facticidade do caso, dela isoladamente é igualmente impossível construir qualquer norma, vez que a “*normatividade* não significa nenhuma força normativa do fático”. Ao contrário, apenas a atuação conjunta de seus elementos co-constitutivos (âmbito da norma e programada norma) no trabalho efetivo dos juristas ela poderá ser atribuída.⁶¹⁴

A necessidade de identificação da legalidade aplicada ao caso trata-se de uma garantia Constitucional (art. 5º, II, da CF). Além disso, o teor literal do texto normativo “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido”,⁶¹⁵ já que, sendo texto um evento resultante de uma fusão de horizonte, não é admitido que dele se diga qualquer coisa.

⁶¹³ ARENDT, Hannah. *Da violência*. Tradução: Maria Cláudia Drummond Trindade. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985, p. 45; 20-21.

⁶¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2011, p. 16.

⁶¹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia de direito constitucional*, 2010, p. 74-75

Ademais, a aplicação da lei não é uma faculdade do julgador, mas um próprio e verdadeiro dever. Dele somente é possível se afastar em (seis) hipóteses excepcionais.⁶¹⁶

Mesmo nas situações de aplicação de algum provimento vinculante (súmula e/ou precedente), o julgador não se exime da responsabilidade de individualizar a legalidade aplicável ao caso, já que o Direito compreendido como integridade e coerência, é imaginável a resolução de uma questão-problema mediante referência a apenas uma única fonte jurídica.

(iii) *O julgador deverá identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso.* Na esteira do que foi dito acima, para além de individualizar a legislação aplicável ao caso, deve o juiz avaliar a possível existência de provimentos vinculantes (súmulas e precedentes) que tratam da questão posta em julgamento. Em havendo, não pode perder de vista que a aplicação dessas fontes não ocorrerá de forma mecânica, por meio da subsunção, como também não servirá para exonerá-lo do esforço interpretativo, já que sua aplicação demanda um “intenso trabalho hermenêutico”.⁶¹⁷

Deve igualmente lembrar que a resposta correta não é dotada de uma essência, por isso jamais estará desde-já-sempre pronta em numa única fonte jurídica, a espera para ser aplicada ao caso.

(iv) *Deve haver um resgate da análise teórica do Direito, mediante a incidência da fonte não positiva do Direito, a doutrina.* Bem ao contrário da separação e incomunicabilidade entre a ciência e a prática jurídica pretendida por Kelsen, os ideais políticos advindos dos princípios de integridade e coerência jamais se cumprirão caso alheios e indiferentes à análise teórica do Direito, como se a doutrina estivesse em uma posição subalterna de dispensabilidade para o fenômeno da realização do Direito.

Para a teoria dworkiniana, é primordial o papel da doutrina jurídica, que serve ao auxílio para a tomada de decisões públicas mediante orientação dos trabalhos realizados pelos juristas. Assim, para que uma decisão esteja adequadamente fundamentada, deve o julgador se manter atento às preleções teóricas sobre os institutos jurídicos em análise no caso em julgamento.

⁶¹⁶ (a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional; (b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; (c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); (d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*); (e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e (f) quando uma regra ceder a um princípio jurídico *constitucional* (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 605-606). Rever Subtópico n. 2.5.1.2.

⁶¹⁷ ABOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.3 [n.p.].

Outrossim, é justamente o dever de adequada fundamentação (art. 93, IX, CF) o instituidor da obrigação de um resgate teórico por parte do julgador, sendo inconcebível que o Poder Judiciário de todo ignore a doutrina, já que o trabalho desenvolvido pela academia é indispensável à concretização da norma jurídica e para o desenvolver da história institucional do Direito.

(v) *Deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu.* Intimamente ligado ao primeiro requisito (de individualização da facticidade do caso), esse requisito refuta a tese de que o julgador está desobrigado a enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo. Atualmente, conforme textualmente prevê o Código de Processo Civil (art. 489, §1º, IV), não será considerada fundamenta a decisão que deixar de analisar a integralidade dos pleitos do autor, bem como as teses defensivas do réu que sejam capazes de culminarem em um resultado diverso ao caso-problema. “Isso porque todas as alegações do autor e da defesa que possam alterar o julgamento da lide devem ser estritamente analisadas pelo julgador”.

Em sendo a fundamentação o *logos* processual para a explicitação do compreendido, também os dados linguísticos acerca dos fatos considerados irrelevantes pelo julgador (âmbito material, do fato ou do caso) precisam ser levados em consideração, pois que devem ser esclarecidos os motivos pelos quais foram ditos como prescindíveis para o deslinde da causa, “inclusive para que se possa afirmar que a análise delas não possibilitaria a alteração do julgado.”⁶¹⁸

(vi) *O julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele é superior às demais, dentre estas, as que tiverem sido apresentadas pelas partes ou presente em outras decisões.* O juiz só decide porque, antes, encontrou o fundamento para tanto, motivo pelo qual fundamentar é explicitar o que compreendeu, ou seja, as razões fático-jurídicas que o conduziram à tomada de decisão.

A correção dos fundamentos que embasam uma decisão somente restará verificada caso se demonstre que a decisão tomada (a) é a melhor que podia ser construída; (b) a melhor dentre àquelas que foram apresentadas pelas partes, e, eventualmente (c) a melhor que poderia ser construída de ofício, em caso, por exemplo, de matéria de ordem pública – desde que, é claro, tenha sido oportunizado às partes a chance de prévia manifestação, nos termos do art. 10, CPC.

⁶¹⁸ ABBOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.3 [n.p.].

Esse requisito estipula o dever do juiz explicitar as razões fático-jurídicas que o conduziram à decisão prolatada, esclarecendo o porquê de sua decisão ser “superior àquela apresentada pelas partes ou outras contidas em precedentes judiciais ou manifestações doutrinárias”.⁶¹⁹

Quanto ao último requisito, para que seja bem compreendido, a fim de garantir a manutenção da coerência interna entre os postulados teóricos que fundamentam esse trabalho, ele precisa ser definido nos seguintes termos: (vii) *O julgador deve manter-se consciente acerca de sua (imensa) responsabilidade política.*

Ao tratar sobre o último requisito, Abboud o descreve como o dever do Estado-juiz em se preocupar com as *consequências* jurídicas de sua decisão.⁶²⁰

O risco advindo da redação dada pelo autor repousa na margem aberta a mal-entendidos, capazes de levar à apreensão deste requisito justamente por aquilo que ele visa combater: o consequentialismo utilitário (utilitarismo), ou a subordinação das decisões judicial à realização de cálculos político-econômicos (argumentos de política), no intuito de assegurar a realização de certos fins ou metas pela via judicial, o que enfraqueceria a autonomia do Direito e violaria a força normativa da Constituição, posicionando o Poder Judiciário em situação de sujeição, como um Poder menor perante os demais ou frente a interesses privados, ou ainda uma defesa da discricionariedade jurídico-decisória ou ativismo judicial.

Entendemos que a redefinição deste requisito para o dever do juiz *manter-se consciente acerca de sua responsabilidade política*, promove o alcance do mesmo fim visado pelo autor, ao passo que minimiza as possibilidades de uma compreensão inadequada sobre o que se quer defender a partir dele.

Isso é possível uma vez que a própria definição do conceito de responsabilidade, compreendida como a “obrigação moral, jurídica ou profissional de responder pelos próprios atos, relacionados ao cumprimento de determinadas leis, atribuições ou funções”,⁶²¹ induz à noção de cuidado ou zelo que o julgador deve despender para cada caso sobre o qual se debruça, em vista das consequências advindas da concretização de seu poder-dever decisório.

⁶¹⁹ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.3 [n.p.].

⁶²⁰ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial* [livro eletrônico], 2014, cap. 3, subitem 3.8.3 [n.p.].

⁶²¹ RESPONSABILIDADE. *Michaelis*: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Melhoramentos, 2020. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/responsabilidade/>> 5 jan. 2020.

Novamente, isso não quer dizer que o julgador deva, seguindo uma lógica utilitarista, construir a decisão que tenha o menor impacto ou consequências práticas. É preciso lembrar que o ato judicativo não é, jamais, uma escolha, mas sim uma decisão. Sempre há parâmetros. Sempre há uma história a que somos debitários. Por essa razão, não há margem de escolha voluntarista.

Provem disso, também, a imensa responsabilidade política do julgador ao decidir, já que deve estar alertar contra os pré-conceitos inautênticos; voltar-se aos preceitos doutrinários e não ceder a pressões e inclinações, sejam elas internas, de sua própria consciência ou moral subjetivista, sejam externas, provindas de terceiros isolados, classes, partidos ou grupos sociais.

Assim, enfatizando a responsabilidade do julgador ao invés das consequências, em si, do ato decisório, são minimizadas as chances deste requisito ser tomado como um contingenciamento à atuação judicativa a fatores alheios ao Direito, sem que com isso crie-se embaraços ao cumprimento de sua função de rememorar o julgador de seu dever de levar o Direito a sério, de garantir a manutenção da autonomia do Direito e de garantir que os efeitos de suas decisões não ultrapassem os limites legitimados para a coerção Estatal desempenhada sobre a insígnia do Direito.

3.6.3 A CRÍTICA DE HABERMAS AO MÉTODO (= MODELO) DO JUIZ HÉRCULES

Antes de passar às considerações finais do presente estudo, se faz necessário enfrentar a crítica tecida pelo jusfilósofo alemão Jürgen Habermas à figura do juízo Hércules, a quem atribui a solidão e o solipsismo de uma construção teórica empreendida monologicamente.⁶²²

Igualmente preocupado em erigir bases teóricas aptas a garantir a concretização de respostas corretas para cada caso concreto em julgamento, Habermas sugere uma reconstrução racional-crítica do sistema de direitos,⁶²³ através de uma teoria discursiva e procedimental da ação comunicativa.

Nesse desiderato, no capítulo cinco do primeiro volume de sua obra *Direito e Democracia*, o jusfilósofo busca amenizar a tensão existente entre facticidade e validade, que se manifesta no âmbito do Direito na tensão entre o princípios da segurança jurídica e a pretensão de correção das decisões judiciais, que representa o problema da racionalidade da

⁶²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 245 e 277.

⁶²³ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Revista da AJURIS* [p. 157-170]. v. 34. n. 107. Porto Alegre: AJURIS, 1999, p. 167.

jurisprudência, consistente em saber de que maneira o Direito contingente pode ser aplicado internamente, ao mesmo tempo em que é fundamentado de forma racional no plano externo.⁶²⁴

Habermas propõe resolver esta problemática realocando o peso da reconstrução jurídica, hodiernamente depositado sobre a figura do juiz, para a comunidade jurídica deliberante.⁶²⁵

Na explanação de sua proposta teórica, o autor inicia demonstrando as insuficiências que identifica nas soluções ofertadas para o problema da racionalidade da jurisdição por quatro distintas interpretações do Direito: (a) a hermenêutica; (b) o realismo jurídico; (c) o juspositivismo e (d) o construtivismo dworkiniano. Habermas expressamente desconsidera aquela do Direito natural, que para ele é uma tese de há muito superada.

(a) Diz o jusfilósofo que a hermenêutica logrou êxito em superar o equivocado modo convencional de enxergar a aplicação do Direito, antes apreendido como um ato de subsunção do caso concreto a uma regra jurídica abstrata que lhe seja correspondente, dada a constatação da natureza circular do ato concretizador da norma, uma vez que determinado estado de coisas de relevância jurídica só é constituído quando positivado, ou seja, após ganhar uma descrição em conceitos normativos que lhes sejam aplicados, enquanto a própria norma requer *situações* – ou seja, “recorte de um *contexto de referência do mundo da vida*, enfatizado por temas e articulados por objetivos e planos de ação”⁶²⁶ para serem concretizadas.

Segundo Habermas, dada a circularidade do ato interpretativo, a hermenêutica busca resolver o problema da racionalidade da jurisprudência através da pré-compreensão que o juiz possui, que, segundo o jusfilósofo alemão, é determinada por *topoi* de um contexto ético, segundo o complexo histórico da tradição na qual se radical de modo contingencial, que é responsável por comandar a relação dialógica entre a prescrição normativa e o estado de coisas do mundo da vida, à luz de *standards* dos costumes comprovados historicamente.

Todavia, para o jusfilósofo, o apelo a um *ethos* dominante não apresenta uma base convincente para a validade das decisões judiciais em sociedades pluralistas tais como a que vivemos, marcadas pela co-existência de interesses conflitantes entre si.

⁶²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 247.

⁶²⁵ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas, 1999, p. 158.

⁶²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 225.

Por este motivo, para o autor alemão, entregar ao julgador a prerrogativa de decidir, de forma monológica, os casos concretos, retira a legitimidade jurídica desta proposta teórica.

(b) Continuando a sua exposição, aduz o filósofo do Direito que sem contestar a noção de pré-compreensão trabalhada pela hermenêutica, o realismo jurídico confere-lhe uma avaliação diversa, ao apregoar que o processo decisório é influenciado não apenas por fatores internos, mas também e determinadamente por fatores externos do Direito, como “interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores [...]”.⁶²⁷

Com isto, o realismo jurídico – à semelhança da Escola do Direito Livre e da Jurisprudência Dos Interesses – não distingue de forma clara a estrutura do Direito daquela da política, obnubilando, assim, o postulado da segurança jurídica, dada a mutabilidade das decisões judiciais, pois que segundo tal postulado, o juiz, imitando o político, decidiria com vistas apenas para o futuro, ou seja, pragmaticamente, no intento de implementar orientações axiológicas⁶²⁸ que assume com racionais. “O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico”.⁶²⁹

Ao abandonar a garantia de segurança jurídica na busca pela implementação de fins políticos, o realismo jurídico força o Direito a renunciar a pretensão de servir à estabilização das expectativas de comportamento, que para Habermas é, em última instância, a sua função primordial.

(c) Diversamente do realismo jurídico, o juspositivismo, visando fazer jus à função de estabilizar as expectativas de condutas, sem se apoiar em tradições éticas de autoridade impugnável, restringe a legitimidade das decisões judiciais a fatores exclusivamente internos: o procedimento para a criação de novas regras e as instituições competentes para tanto.

Esta é a razão pela qual a legitimidade do todo da ordem jurídica é depositada em uma regra fundamental de reconhecimento. Corifeus do pensamento juspositivista, Kelsen e Hart ofertaram duas diferentes concepções para tal regra. Enquanto para o primeiro, ela cuida

⁶²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 249.

⁶²⁸ Sobre o papel desempenhado pelos valores no âmbito do Movimento para o Direito Livre e também da Escola da Jurisprudência dos Valores, conferir: JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito e ideologia*, 2018, p. 68-69 e 86-87.

⁶²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 249.

de um pressuposto hipotético indispensável à ciência jurídica; para o segundo, fundando-se no conceito de “jogo de linguagem” de Wittgenstein, ela se trata de fato social que deve ser assimilado como parte de uma forma de vida história.

Em comum não apenas às visões de Kelsen e Hart, mas às mais diferentes vertentes positivistas, está a primazia conferida à previsibilidade, e assim, à segurança jurídica, que, contudo, tem como efeito colateral o completo abandono da pretensão de correção das decisões judiciais, conforme se depreende, de forma evidente, do trato conferido por esta corrente de pensamento aos denominados “casos difíceis” (*hard cases*), ao deixar ao livre arbítrio do juiz, “através de preferências não fundamentais e às vezes [...] por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito”,⁶³⁰ o dever de decidir o caso.

(d) Ainda segundo Habermas, o construtivismo dworkiniano empreende louvável tentativa de superar as insuficiências das três propostas anteriores, no intento de alcançar a segurança jurídica, sem, contudo, sacrificar a aceitabilidade racional das decisões judiciais, ou vice-versa.

De acordo com Habermas, contra o realismo jurídico, Dworkin pontua que as decisões devem ser coerentes com a cadeia decisória formada ao longo do tempo (*chain novel*) para que seja possível uma medida suficiente de segurança jurídica. Contra o juspositivismo, sustenta que o Direito não é um sistema fechado composto apenas por regras, mas integrado, também, por princípios, que possibilitam a construção de decisões corretas para cada caso em julgamento. Por sua vez, com relação à hermenêutica jurídica, afirma que a pré-compreensão que o juiz possui não o faz refém de tradições autoritárias com conteúdo normativo, haja vista que o julgador não deve realizar uma análise convencionalista da história institucional do Direito, mas, bem ao contrário, deve interpretá-la de forma crítica, para que logre êxito em desenvolvê-la sobre sua melhor luz.

Não à toa, Habermas incorpora à sua teoria o construtivismo principiológico de Dworkin, ao admitir que certos conteúdos morais são traduzidos para a linguagem do Direito e, conseqüentemente, são revestidos com um outro modo de validade.

Habermas aponta que apesar de uniformidade da linguagem jurídica ocultar o complexo sentido de validade deontológica do Direito legítimo, este é posto à evidência nas situações de decisões que versam sobre princípios, camada mais elevada de normas do sistema jurídico, o que bem explica as razões pelas quais os discursos jurídicos admitem

⁶³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 251-252.

argumentos de origem extralegal, ou seja, para além daquilo que se encontra positivado nas regras.

Apesar disto, o jusfilósofo alemão refuta com veemência a teoria do juiz Hércules, desenvolvida por Dworkin para reconciliar “as decisões racionalmente reconstruídas do passado, com a pretensão à aceitabilidade racional no presente”,⁶³¹ ou seja, para reconciliar a história com a justiça.

Isso se dá porque Habermas considera que a visão substancialista de aplicação do Direito da teoria dworkiniana confere à perspectiva do julgador uma imposição monológica insustentável, já que Hércules encontrar-se-ia posicionado em meio a uma solidão plena, e se apoiaria unicamente em si mesmo, em suas virtudes e habilidades pessoais, em seu privilégio cognitivo, bem como em seu acesso privilegiado à verdade para decidir.

Por este motivo, Habermas propõe superar o ‘solipsismo’ de Hércules através de uma abordagem teórica discursiva de caráter procedimental fundada na ação comunicativa,⁶³² instituída sobre uma complexa rede de interações humanas dialógicas, responsável por formar uma pré-compreensão paradigmática do Direito em geral, compartilhada intersubjetivamente por *todos*.

Sustenta o autor que com a derrocada da acoplagem entre facticidade e validade outrora existente com respaldo religioso ou metafísico, a coercibilidade do Direito, compreendida em sua função de força integradora, somente pode ser garantida se a totalidade dos destinatários das normas jurídicas puder considerar a si mesma como autora racional das normas às quais está subordinada.⁶³³

Neste contexto, a própria noção de soberania popular recebe novos contornos, pois que deixa de ser atribuída ao Povo, entendido como um grande sujeito, bem como à Constituição e suas competências anônimas, para ser apreendida intersubjetivamente como poder comunicativo, integrado pelo entrelaçamento “de comunicações institucionalizadas em corpos legislativos e comunicações informais promovidas por associações da sociedade civil separadas tanto do Estado como da Economia”, tornando-se dessa maneira “anônima e sem

⁶³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 264.

⁶³² Segundo o autor, “[o] conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade, adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas. Isso significa que a tensão entre facticidade e validade, embutida na linguagem e no uso da linguagem, retorna no modo de integralização de indivíduos socializados” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 35).

⁶³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 54.

sujeito porque se concretiza por fluxos de comunicação com procedimentos democráticos, que podem pretender razoabilidade, embora seus procedimentos sejam falíveis”.⁶³⁴

Dessa forma, para que se mantenha a integridade social por meio da coerção do Direito, seria preciso que as sentenças judiciais estivessem ancoradas na reconstrução racional da relação dialógica havida entre todos os cidadãos no contexto de uma comunidade política aberta e deliberativa.⁶³⁵

A legitimidade do Direito, por conseguinte, medir-se-ia pelo ato deliberativo, isto é, “pela racionalidade do processo democrático da legislação política”⁶³⁶ e pela “aceitabilidade racional da ordenação política e das decisões daí provenientes”.⁶³⁷

Uma vez que a legitimidade adviria da deliberação racional, o papel do julgador ao aplicar o Direito se limitaria ao ato de interpretar a ordem jurídica, de modo a não se desviar daquilo que fora fundamentado, de *forma prévia* e deliberadamente, pela comunidade política.

Segundo este postulado, para decidir, o julgador deve se orientar segundo os *standards* ou paradigmas de interpretação comprovados na profissão, após amplo debate na comunidade jurídica.⁶³⁸ “Tais padrões podem ser caracterizados como princípios de procedimento e máximas de interpretação, e visam garantir a examinabilidade intersubjetiva, bem como a objetividade do juízo”.⁶³⁹

Nessa empresa de regatar o julgador da solidão à qual Dworkin teria confinado Hércules, Habermas apoiando-se na distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação desenvolvida por Klaus Günther.

De acordo com esse postulado, os discursos de fundamentação, que são contrafáticos, dizem respeito à validade das normas, qualidade derivada de sua produção deliberativa imparcial a partir de condições ideais de fala⁶⁴⁰ – instância de não-coercibilidade,

⁶³⁴ LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado* [p. 73-83]. Brasília. ano 43. n. 172. out./dez. 2006, p. 78.

⁶³⁵ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas, 1999, p. 167.

⁶³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 290.

⁶³⁷ LUCHI, José Pedro. Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas. In: *Revista de Informação Legislativa* [p. 147-160]. Brasília. a. 45. n. 180. out./dez. 2008, p. 155.

⁶³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 279.

⁶³⁹ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas, 1999, p. 168.

⁶⁴⁰ Nas palavras de Habermas: “[q]uando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser. A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores

marcada pela igualdade do nível argumentativo e informacional de todos os participantes, que, em seus atos de fala, agem orientados pelo entendimento, a fim de que seja possível o estabelecimento do consenso quanto à racionalidade das normas estatuídas –, em que o relevante é tão somente a própria norma, “independentemente de sua aplicação em cada uma das situações”.⁶⁴¹

Ao seu turno, os discursos de aplicação referem-se à adequação/justificação das normas previamente fundamentadas às especificidades próprias do caso concreto, para que seja possível determinar aquela “mais apropriada” à luz de todas as características relevantes, concebidas da forma mais exaustiva possível.⁶⁴²

Para essa linha de pensamento, não há nesta instância aplicativa qualquer referência à validade das normas, pois ela se limita ao mero ajuste da normatividade, que é previamente dada, à situação concreta.⁶⁴³ A adequação é, então, “um critério situacionalmente dependente, que se refere à consideração de todos os sinais característicos relevantes de uma situação”.⁶⁴⁴ À vista disso, tem-se que a aplicação de normas demanda um entrelaçamento entre a descrição de dada situação e a norma previamente justificada.

Em que pese o refinamento da teoria habermasiana, e sem perder de vista que o presente trabalho encontra-se estruturado sobre a tese compartilhada por Habermas, acerca da co-originariedade entre Direito e Moral, é de se pontuar que ao apoiar-se na cisão entre as instâncias discursivas, Habermas defende uma dualidade que não subsiste à viragem ontológico-linguística levada a efeito pela hermenêutica de cariz filosófica (Heidegger-Gadamer), à qual, diga-se, o jusfilósofo se distancia, uma vez que as referências a que faz à hermenêutica, tangencia apenas aquela romântica, compreendida como técnica para evitar mal-entendidos, e não aquela de que trata Gadamer.⁶⁴⁵

argumentos, na base das melhores informações” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 283-284).

⁶⁴¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p. 70.

⁶⁴² HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Tradução: Ciaran Cronin. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1993, p. 14.

⁶⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1997, p. 270.

⁶⁴⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. p. 244.

⁶⁴⁵ É possível constatar tal dado investigando o papel que Habermas reserva à interpretação. Ao contrário de Gadamer, que enxerga a interpretação como um componente integrante do processo compreensível (*applicatio*), em Habermas a interpretação é apreendida como momento eventual, que pode, inclusive, ser algo previamente dado, como ocorre com o “depósito de saber” transmitidos pela tradição através da linguagem, que representam convicções subjacentes não problemáticas, a partir das quais são formados os contextos dos processos de entendimento (HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, v. 2, 2012, p. 229-230).

Em sentido contrário à tese defendida por Habermas e Günther, entendemos ser descabida a aposta na existência prévia e autônoma dos discursos de fundamentação, enquanto à aplicação estaria reservado um papel secundário, pois que, em verdade, é insustentável a proposta distinção entre tais discursos que, como se constatou a partir da crítica tecida por Gadamer à divisão entre as três *subtilitates*, ocorrem num único ato (*applicatio*).

Automatizar as instâncias discursivas é defender a existência de conceitos universais⁶⁴⁶ – que integrariam ao que Habermas chama de espesso pano de fundo consensual (mundo da vida) –⁶⁴⁷ cuja aplicação pelo julgador, num momento secundário, limitar-se-ia a um exame de adequação das normas abstratas previamente dadas às circunstâncias do caso concreto, o que, em última instância, em nada se difere da defesa da subsunção/dedutivismo.

Ademais, é de se indagar: seguindo esta distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, qual diferença haveria entre o juiz que se encontra adstrito ao mero exame da adequabilidade das normas abstratas às circunstâncias do caso, como querem Habermas e Günther, àquele inserido na cisão metafísica entre questão-de-fato e questão-de-direito?

Günther afirma – no que é seguido por Habermas – que a distinção entre os discursos se faz necessária graças à incapacidade humana de alcançar o ideal da norma jurídica perfeita, que consistiria naquela em que, uma vez criada, seria capaz de prever abstratamente todas as suas hipóteses de incidência.

Para os autores, sendo impossível condensar o ideal de norma perfeita num único plano – uma vez que é necessária uma prévia descrição completa da situação para a complementação da norma –, ante a impossibilidade desta prever à exaustão as suas hipóteses de incidência, a saída seria buscar alcançar tal ideal por uma via indireta: dividir os planos em duas etapas, quais sejam, os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação.⁶⁴⁸

Todavia, ao que parece, a causa que leva Günther a apregoar tal divisão é, na verdade, um diagnóstico equivocado do problema concernente à impossibilidade em se unificar validade e adequação.

⁶⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 124.

⁶⁴⁷ Habermas define o conceito de *mundo da vida* como um horizonte formado “para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, v. 1., 1994, p. 41).

⁶⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. In: *Cadernos de filosofia alemã: Crítica e Modernidade*. n. 6. [p. 85-102]. 24 dez. 2000, p. 90.

Segundo ele, porque não somos capazes de criar novas perfeitas, que prescrevam todas as suas hipóteses de aplicação, não conseguimos fazer coincidir validade e adequação. Porém, é justamente o nosso modo-de-ser, enquanto *entes* limitados pela história efetual, e por isso não dotados com uma capacidade de confluir validade e adequação, o responsável por nos impedir de criarmos normas perfeitas, e não o contrário.

Escapa a Günther o fato de que a hipótese de uma norma capaz de prever exaustivamente todas as situações do mundo prático esbarra na diferença ontológica entre texto (*ente*) e norma (*ser*), pela qual a norma só é passível de ser construída, a cada vez, mediante uma síntese hermenêutica, que ocorrerá a partir das especificidades do caso que impulsionou as voltas do círculo hermenêutico-interpretativo. Não sem razão, a facticidade é um elemento co-constitutivo da normatividade.

Isso equivale a dizer, segundo a hermenêutica fundamental, que a impossibilidade de se alcançar uma norma perfeita reside no fato de que isso representaria a captura do *ser* de seu âmbito ontológico, para que se desse o seu aprisionamento na esfera ôntica, algo de todo inimaginável.

O desvelamento do *ser* (norma) pela e na linguagem, nunca se dá de forma exaustiva. Quando indagamos pelo *ser* (norma) ao seu *ente* (texto), o fazemos de um ponto histórico-situacional, e com isso, limitamos o seu desvelamento. Em contextos diferentes ao qual nos inserimos, e do qual partimos nas voltas do círculo hermenêutico, novas indagações acerca do *ser* ao seu *ente* serão feitas, e assim, novas possibilidades de desvelamento se apresentarão.

Afinal, não há grau zero de sentido. Partimos sempre de algum lugar, de um certo referencial (*Vorhabe*), explicitamos os nossos pré-conceitos (*Vorgriffe*) numa certa perspectiva (*Vorischt*). Dizer o contrário, *i. e.*, sustentar que há fundamentos prévios à espera para serem adequados à certas situações, é pretender escapar do mundo prático – que é uma antecipação de sentidos –, e assim evadir-se da finitude.⁶⁴⁹

Não há, portanto, meios de coincidir hermeneuticamente validade e adequação de forma prévia, abstrata e perene, justamente porque o horizonte de validades se abre, se concretiza e se desfaz,⁶⁵⁰ não tendo vida autônoma, a-histórica, como uma instância representacional extramundana.

⁶⁴⁹ RORTY, Richard. *Filosofia, racionalidade e democracia*: Os debates Rorty & Habermas. Org.: José Crisóstomo de Souza. São Paulo: Unesp, 2005, p. 224.

⁶⁵⁰ SITO, Santiago Artur Berger. *Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no direito*: da cisão à *applicatio*, 2012, p. 157.

À vista disto, “cada aplicação exige *a sua* fundamentação. Não é possível, portanto, fundamentar algo genericamente, como querem Habermas e Günther. A fundamentação, que produz a validade, precisa ser testada em cada hipótese de aplicação, e sempre que uma nova for apresentada, outro horizonte de validade se abrirá”.⁶⁵¹

Como toda compreensão é invariavelmente um ato aplicativo (= evento), a validade não perdura por si. Uma vez que a possibilidade aberta é apreendida e concretizada, o horizonte de validade, pano de fundo para este aplicativo, se dissolve no tempo.

A não coincidência entre a validade e a adequação ocorre nesse processo de dissolução histórico em que cada horizonte abre um espaço de aplicação, vai se dissolvendo, e, por isso, é possível ter vários casos de aplicação, que são resolvidos porque chegamos a eles por essa coincidência entre validade e aplicação naquele dado horizonte. Mas o próximo caso impõe uma outra aproximação entre validade e adequação e, portanto, mais um saber sobre a aplicação da norma. Assim, *o saber sobre a aplicação da norma sempre é consequência da impossibilidade da coincidência, e não, como diz Günther, a impossibilidade da coincidência entre validade e adequação é consequência de não sabermos a aplicação para todas as normas*. O fato de estarmos para sempre em uma espécie de horizonte de sentido que vai se dissolvendo à medida que aproximamos validade e adequação faz com que possamos ter um saber da aplicação da norma, e, portanto, isso *nos impõe a necessidade de reconhecer que nunca teremos a coincidência do saber que abranja todos os casos de aplicação*.⁶⁵²

Se se atendo unicamente aos termos da obra de Dworkin já é possível afirmar que a crítica de Habermas – ao atribuir a Hércules a designação de solipsista – não tem razão de ser, posto que o modelo metafórico de julgador criado por Dworkin em nada se assemelha ao sujeito da filosofia da consciência, como pretender fazer crer Habermas; com maior razão se dá a refutação da crítica tecida pelo jusfilósofo alemão, a partir da convergência entre o construtivismo dworkiniano e a hermenêutica filosófica, como faz o presente trabalho. Quanto a isto é preciso destacar que

[...] a principal confluência das teses gadamerianas e dworkinianas reside na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da *applicatio* jurídica, ou seja, a *applicatio* está exatamente assentada – como condição de possibilidade – na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto quer dizer “superação da subjetividade assujeitador”, isto é, ruptura com o sujeito solipsista.⁶⁵³

⁶⁵¹ SITO, Santiago Artur Berger. *Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no direito: da cisão à applicatio*, 2012, p. 157.

⁶⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 131 [itálico no original].

⁶⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 2011, p. 119.

Porque equivocada a dualização das instâncias discursivas nos moldes expostos por Günther, haja vista inexistirem fundamentos prévios passíveis de serem manejados pelo sujeito – o que indica a não superação do esquema sujeito-objeto por esta teoria –, a confluência entre a validade e adequação ocorre de forma prática, mediante uma fusão de horizontes.

Logo, dada a superação do esquema sujeito-objeto pelo construtivismo dworkiniano, ao passo que tal teoria, à semelhança da hermenêutica gadameriana, encontra-se firmada sobre o reconhecimento da força da história institucional do Direito (tradição autêntica), que deve ser desenvolvida de forma íntegra e coerente, temos que a crítica de Habermas à figura de Hércules, como se este fosse o sujeito da filosofia da consciência, não tem razão de ser.

MAS, AFINAL, POR QUE TEMER A DISCRICIONARIEDADE? À GUIA DE CONCLUSÃO

A pretensão da presente pesquisa foi a de investigar uma teoria do Direito e da decisão judicial que não se limitassem à mera busca por previsibilidade e segurança jurídica, mas que estivessem, também, lançadas em direção a um padrão decisório correto, isto é, segundo a Constituição.

Para que fosse possível alcançar tal fim, se fez necessário revisitar conceitos basilares do fenômeno jurídico, a fim de que mistificações ainda hoje vigentes no “senso comum teórico dos juristas” fossem expostas, primeiro passo para que possam, enfim, ser superadas.

Dizer hoje, por exemplo, que a norma é o sentido dos enunciados prescritivos, é apenas apontar para uma obviedade. Afinal de contas, sabemos disto de há muito. Kelsen já havia trabalhado com esse conceito ainda nos idos das primeiras décadas do século XX, quando buscou resgatar a lógica positivista após o fracasso de sua vertente exegético-primitiva.

Porém, de onde provem esse sentido (= norma), é uma questão que pouco tem intrigado os “operadores” do Direito em sua lida diária com a “letra fria da lei”.

Estariam as normas depositadas nos próprios dispositivos legais? Ou, ao contrário, encontrar-se-iam na mente do sujeito-intérprete? Talvez o trabalho do jurista consista em desvelar a vontade do legislador? Interpretar seria, então, declarar sentidos prévios? Subsumimos sentidos, que acessamos num plano transcendental, aos dispositivos legais

neutros, isto é, destituídos de significância? Ou apercebemos sentidos reificados, como essências, nos próprios textos legais? Em meio a tais enredos metafísicos, qual é o papel desempenhado pela linguagem?

Enfrentar indagações deste quilate se fez necessário, pois que uma teoria da decisão que se disponha a servir de guia ao julgador em seu dever de construir a resposta correta à questão trazida à sua apreciação, deve ser libertária de proposições refratárias à viragem linguístico-ontológica, presas, portanto, a postulados metafísicos de há muito superados.

Tal teoria deve reconhecer na linguagem a importância que ela realmente possui. Não de uma terceira coisa, mas de condição de possibilidade. Por isso a necessidade de estar lastreada na hermenêutica de cariz filosófica, que demonstra que os sentidos se dão na e pela linguagem, e de que interpretar não é, jamais, um ato para declarar sentidos prévios, como que dados, mas de atribuí-los segundo a tradição na qual os utentes estão, desde sempre e sem querer, inseridos.

Destarte, ao contrário do que apregoa os postulados positivistas, interpretar não é uma ação ocasional na atividade profissional do jurista, mas integrante de todo e qualquer processo compreensível, que é, por sua vez, um existencial. Sempre interpretamos, e não o fazemos para que possamos compreender. Na verdade, só interpretamos porque desde-de-já-sempre compreendemos. Originariamente, compreendemo-nos em nosso *ser*, e de forma derivada, compreendemos o *ser* dos demais *entes*.

Também por essa razão que, no Direito, é impossível cindir questão-de-fato e questão-de-direito, como se fossem duas grandezas distintas. Em sua atividade profissional, o jurista sempre interpreta o fato em vista de sua relevância e implicação jurídica, à medida que o Direito jamais é compreendido de forma alheia à facticidade. Não há normas sem fatos, pois concretizá-las quer dizer construí-las, a cada vez, a partir das especificidades fáticas do caso-problema que se visa solucionar.

Somente desta forma, mediante o resgate da Filosofia no e para o Direito, é possível libertá-lo das amarras de incompreensões e insuficiências historicamente atadas pelo juspositivismo em suas mais diferentes formas.

Nesta esteira, ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar que não há “marco zero” histórico, como tampouco um “grau zero” de sentido. Enquanto hermeneutas, sempre partimos de uma posição prévia; datados de um certo olhar (visão prévia), a partir de

uma concepção prévia, que constituem o nosso horizonte histórico, encerrado pelo espectro de nossos pré-conceitos.

No Direito, o horizonte histórico do jurista não está adstrito apenas ao campo das regras. Inserido num Estado Democrático Constitucional, compromissório e dirigente, a pré-compreensão técnica que o jurista possui deve ser moldada segundo a natureza deôntica dos princípios jurídicos constitucionais, que instituem e legitimam o Direito-lei. Nisto exsurge a necessidade de uma consciência hermeneuticamente sensível à alteridade desta tradição autêntica. Por isso, também, a impossibilidade de pretender cindir e isolar regras e princípio. E aqui não é demais lembrar que princípios não são uma mera “reserva de sentido”, à disposição do julgador para que sejam supridas eventuais insuficiências ônticas das regras, “abrindo a interpretação”. Os princípios jurídicos, em verdade, instituem e legitimam as regras.

Porque padrões de condutas estabelecidos através do convívio intersubjetivo que ocorre no seio social ao longo do tempo, os princípios não “abrem a interpretação”, mas fecham-na, ao introduzirem o mundo prático no Direito.

As consequências disto para a tomada de decisão é, de um lado, libertar o julgador de uma reduzida função de um mero autômato aplicador de regras; de outro, impedir que ele se valha de qualquer (pretensa) margem de escolha para solucionar a questão controvertida, já que o limitado alcance semântico dos textos da lei, não equivale à ausência de *standards* normativos de observância obrigatória por parte do Poder Judiciário.

Mas, afinal, por que a discricionariedade é um problema? Por que devemos temê-la?

Inicialmente, a razão para tal temor repousa sobre o fato de que a aposta na discricionariedade, realizada pelas mais variadas correntes doutrinárias, tem por base concepções teórico-filosóficas equivocadas, pois que não superam o esquema sujeito-objeto.

É deste mal que sofre todas as teorias do Direito que trabalham com um conceito semântico de norma. Nesse universo encontram-se dispostas uma miríade de teorias, desde o normativismo kelseniano, que chega a defender que interpretação decorre tão somente da multiplicidade de opções de normas, igualmente válidas e aplicáveis encontráveis dentro da moldura normativa; perpassando o positivismo moderado de Hart, em sua busca por filtrar o Direito segundo uma regra de reconhecimento, até chegar aos argumentativistas como Alexy, em sua tentativa de matematizar a aplicação do Direito, ainda que, apesar disto, não abra mão da discricionariedade.

Em comum a todas essas diferentes teorias que apregoam a norma como um conceito semântico, encontra-se a crença de que a aplicação do Direito se dá por meio da subsunção. Isso bem demonstra que a discricionariedade marca a insuficiência – ou no caso de Kelsen, a completa ausência – das respectivas teorias, acerca da realização prática do Direito, que não dão conta da problemática de sua indeterminabilidade. A discricionariedade é, pois, uma falha institucionalizada por essas teorias; um mal por elas tolerado, por não darem conta de todo combatê-lo.

É justamente neste ponto que reside a maior contribuição de Dworkin para o fenômeno jurídico, compreendendo o Direito de forma íntegra e coerente. Além de superar o esquema sujeito-objeto, ao trabalhar com o caráter aplicativo da interpretação – o que faz de forma muito próxima a Gadamer –, o jurista norte-americano compreende adequadamente os princípios jurídicos e sua normatividade, e com isso avança onde o juspositivismo para.

Conforme demonstrou Dworkin, por que há um padrão decisório para além das regras; por que há uma história institucional (autêntica) a ser reconstruída pelo julgador, é que a aposta na discricionariedade se revela despropositada.

Solucionar um caso-problema não é, à vista disso, uma questão de escolha ou vontade. Solucionar o caso-problema é, sim, um ato de decisão.

Ao contrário do que se dá com os atos de decisão, os atos de vontade não possuem legitimidade normativa, já que não estão pautados em parâmetros jurídicos previamente estabelecidos e, logo, não podem ser intersubjetivamente controlados. Não provêm de uma reconstrução da tradição autêntica do Direito (história institucional), o que implica dizer que não são constrangidos por compromissos legítimos (intersubjetivamente estabelecidos) de que sejam debitários.

Além do mais, atos volitivos são mutáveis, a depender de circunstâncias alheias ao Direito (realismo jurídico); das pessoas envolvidas, bem como de objetivos políticos, econômicos ou sociais que estejam em jogo (argumentos de política), ainda que nem sempre sejam eles trazidos à tona, porquanto os “reais motivos” que conduziram o julgador à decisão tomada são, por vezes, encobertos ou dissimulados por uma justificação posterior, baseada em critérios jurídico-rationais.

O julgador que faz de sua decisão um ato de vontade, “decidindo conforme a sua consciência”, age sozinho, se esquecendo, portanto, de que o Direito é um empreendimento coletivo, e de que o autor da decisão não é ele, indivíduo investido no cargo público, mas quem, no exercício de suas funções, ele representa: a comum-idade política.

Desta forma, o julgador que busca subjugar o Direito e sua autonomia aos ventos de seus íntimos designios, finda por tolher da comunidade política a competência que apenas ela possui de se autovincular.

Nisso reside a necessidade de uma correta compreensão sobre no que realmente consiste a atividade judicativa. Juiz nenhum pode atuar como um legislador togado. Isto é, o julgador não detém competência legiferante. Ele não cria novos direitos jurídicos. Sua função consiste em construir a “intepretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo”. Isso significa dizer que ele deve decidir, seguindo argumentos de princípios, com vistas a garantir que a funcionalidade da regra seja alcançada da forma mais satisfatória possível, sem perder de vista de que está adstrito ao teor literal do programa da norma, que “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido”.

Uma decisão proferida em descobrimento deste parâmetro Constitucional será passível de anulação, porque destituída de legitimidade jurídica. Ainda que não o seja, este evento histórico deverá ser classificado como erro, caso em que, apesar de não perder a sua autoridade específica, já que seus efeitos terão sido operados sobre o caso, não poderá ser invocado para, a bem da equidade, influenciar casos futuros similares, pois não deterá qualquer força gravitacional. Do contrário, o Direito será, de fato, reduzido àquilo que os juízes e tribunais dizem que ele é.

Quanto a isto, não é demais lembrar que quando o jurisdicionado exerce o seu direito constitucional de ação, vindo a interpelar o Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), a resposta que espera receber não é aquela pautada na opinião do homem ou mulher ocupante do cargo público de magistrado, de desembargador e de ministro. Ele não espera obter uma resposta que esteja pautada na ideia pessoal que o julgador dispõe acerca de como a história institucional do Direito deveria ter sido; uma resposta que esteja pautada numa moral subjetivista, ou ainda, na forma de pensar de determinada classe ou grupo social. A resposta que o jurisdicionado visa alcançar é aquela que o Direito, em sua autonomia e força vinculante, tem a oferecer. Tal resposta deve ser adequada à Constituição, logo, correta. Qualquer uma aquém desta, seguindo parâmetros outros que não este, certamente ferirá a autonomia do Direito, além de comprometer a força normativa da Constituição.

Por que, enfim, o que há para além do Direito, senão a ilegitimidade, ações incontroláveis e um convite ao autoritarismo? Preservemos, pois, a autonomia do Direito e a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Auslis. *Lo racional como razoable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de estudos constitucionais, 1991.

ABBOUD, Georges. *Discricionarieidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. The dual nature of law [p. 167-182]. In: *Ratio Juris*. v. 23. n. 2. June 2010.

_____; PULIDO, Carlos Bernal; MORESO, José Juan; SANCHÍS, Luis Prieto; CLÉRICO, Laura; MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde; CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón; GIL, Rúben Sánches; MESA, Gloria Patricia Lopera; SANTAMARIA, Ramiro Avila. *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*. Ministro de justicia y Derechos Humanos, Equador, 2008. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na casa de Rui Barbosa em 10.12.1998. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes.

_____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição [p. 55-66]. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro. n. 215. jul./set. 1999.

_____. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. In: *Ratio Juris* [p. 131-140]. v. 16. n. 2. jun. 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de; FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria de interpretação das leis – Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armínio Amado, 1963.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Tradução: Maria Cláudia Drummond Trindade. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias de argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRETO, Lara Gomes Macedo. *Contribuições aos limites da mutação constitucional sob a perspectiva da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller*. Dissertação de Mestrado. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O conceito da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro [p. 327-378]. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. (Org.) Luís Roberto Barroso. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*. Cord. Alcides Tomasetti Jr. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BETTI, Emílio. *General theory of interpretation*. v. 2 [chapter two and three]. Translated by: Georgio A. Pinton. New York: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. In: *Revista da Abordagem Gestáltica* [p. 65-73]. v. 23. n. 1. abr. 2017. Disponível:

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672017000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: 20 dez. 2019.

BRAIDA, Celso R. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante n. 1-6 do Distrito Federal*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Menezes Direito. Tribunal Pleno. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. Dje: 27/03/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019.

BUZAID, Alfredo. In: BATISTA, Paula. *Hermenêutica jurídica*. Cord. Alcides Tomasetti Jr. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a Intervenção do *Amicus Curiae*, um Terceiro Especial. In: *Revista de Processo*, Rio de Janeiro. [p. 9-41] v. 117, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Melenick de. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa – Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 12 [p. 155-176]. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1992. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4b3d1>> Acesso: 12 fev. 2019.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise filosófica: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Stvdia Ivridica*. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Existe, no Brasil, o direito fundamental à obtenção de respostas corretas? critérios para uma teoria da decisão judicial e requisitos para alcançar a resposta correta*. *Revista dos Tribunais*. v. 276/2018 [p. 91-121]. Fev. 2018.

CERBONE, David. *Fenomenologia*. Tradução: Caesar Souza. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

CERNIO, Henrique Garbellini. *O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação – uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna*. *Revista dos Tribunais*. V. 928/2013 [p. 219-238]. Fev. 2013.

CHRISTENSEM, Ralf. Teoria estruturante do direito [p. 233-246]. In: *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes. In: *Derecho y cambio social*. Pero/Lima. v. 46. año XIII, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteórica. In: *Revista da faculdade de direito da UFPR*. v. 45. n. 0 [p. 37-73]. Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v45i0>>. Acesso em: 07 fev. 2019.

DALL'AGNOL, Darlei. *Seguir regras: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein*. Pelotas: Ed. da UPel, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paulo Sarno. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

DOSTAL, Robert J. Gadamer's Relation to Heidegger and Phenomenology [p. 247-266]. In: *The Cambridge companion to Gadamer*. Robert J. Dostal. Ed. Cambridge University Press: New York, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução: Eduardo Valentí Fioli. Barcelona: Bosch, 1961.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FREDE, Dorathea. The Question of Being: Heidegger's Project [p. 42-69]. In: *Cambridge companions to Heidegger*. 2. ed. Charles Guignon (Ed). Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2007.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução: Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de informação legislativa*. v. 36. n. 144 [p. 191-209]. Brasília: Senado Federa, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514>>. Acesso em: 07 fev. 2019.

GOMES, Nestor Castilho. *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/93157/266448.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 04 dez. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. In: *Cadernos de filosofia alemã: Crítica e Modernidade*. n. 6. [p. 85-102]. 24 dez. 2000.

_____. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Justification and application: remarks on discourse ethics*. Tradução: Ciaran Cronin. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1993

_____. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. v. 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. Positivism and the separation of law and morals [p. 593-629]. In: *Harvard law review*. v. 1. n. 4. Cambridge, Massachusetts: Harvard Law Review Association, (Feb.) 1958.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP: Unicamp; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HOY, David Couzens. Heidegger and the hermeneutic turn. In: *Cambridge companions to Heidegger*. 2. ed. Charles Guignon (Ed). Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. As relações entre o direito material e o direito processual [p. 1-22]. In: *Questões processuais do novo código civil*. Rodrigo Mazzei (Coord.). Barueri, SP: Minha Editora; Vitória, ES: ICE – Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

_____. *Direito e ideologia*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

_____. *Teorias do Estado e da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

_____; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Controle difuso no novo CPC. In: *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo/ SP. v. 16. n. 7 [p. 324-345]. jan./abr. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOCHEM, Ronaldo. Racionalidade e decisão: a fundamentação das decisões judiciais e a interpretação jurídica. In: *Revista de Processo*. v. 244 [p. 59- 83]. jun., 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo*. *Revista dos Tribunais*. v. 938/2013 [p. 365 - 389]. Dez. 2013.

LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: *Revista da AJURIS* [p. 157-170]. v. 34. n. 107. Porto Alegre: AJURIS, 1999.

_____. Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas. In: *Revista de Informação Legislativa* [p. 147-160]. Brasília. a. 45. n. 180. out./dez. 2008.

_____. Para uma teoria deliberativa da democracia. In: *Revista de Informação Legislativa do Senado* [p. 73-83]. Brasília. ano 43. n. 172. out./dez. 2006.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin – Teórico do Direito. In: *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. Tomo Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito. 1. ed. 1. abr. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

MACLNTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual a racionalidade?* Loyola: São Paulo, 1991.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiomática da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELO, Rebeca Furtado de. Entre compreensão e interpretação: para uma hermenêutica filosófica no pensamento de Heidegger. In: *Ekstasis: Revista de Hermenêutica e Fenomenologia* [p. 84-99]. v. 2. n. 1. Universidade Estadual do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2013.

MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Aula Magna Internacional com a presença de Michele Taruffo. Tema: *Justiça Cível: Desafios*. Realizada em 10. abr. 2019, no auditório Manuel Vereza, no Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo. Realização: Programa de Pós-graduação em Direito Processual Civil da UFES.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORENO, Arley R. *Wittgenstien: através das imagens*. 2. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1995.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

_____. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. Tese (doutorado). Universidade do Vale dos Sinos, 2014.

MUELLER-VOLLMER, Kurt (Ed.). *The hermeneutics reader: texts of the german tradition from the enlightenment to the present*. New York: Continuum International Publishing Group, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Teoria estruturante do direito*. Tradução: Peter Naumann; Eurídeus Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NAVARRO, Pablo E. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho [p. 243-268]. In: *Doxa. Cuaderno de filosofía del Derecho*. n. 14. Universidad de Alicante, Alicante, 1993.

NEGRI, André Del. *Devida hermenêutica constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 58/2007 [p. 7-17]. RT Online: 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Noções Fundamentais sobre o pós-positivismo e direito*. Revista de Direito Privado. v. 53/2013 [p. 11-20] RT Online: jan. Marc. 2013.

NUNES, Benedito. *Heidegger & Ser e Tempo* [livro eletrônico]. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002.

OLIVEIRA, Carine de. Entre o apofântico e o hermenêutico: notas sobre a dupla estrutura da linguagem em *Ser e Tempo* de Heidegger. In: *Anais da XIII Semana Acadêmica do PPG em filosofia DA PUCRS*. EdiPUCRS: Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XIII.html>> Acesso em: 09 abr. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* [p. 91-118]. Belo Horizonte. n. 54. jan./jun. 2009.

OLIVERA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Tese (Doutorado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

_____; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a hermenêutica jurídica? In: *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica>> Publicado em: 29 agos. 2015. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

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

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PESSOA, Fernando Mendes. *O assunto e o caminho do pensamento de Heidegger*. Vitória: EDUFES, 2003.

PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. Org. Richard Zenith. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*: Do Romantismo até nossos dias. v. 3. ed. 2. São Paulo: Paulus, 1991.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, 2008. In: *Revista de informação legislativa*. v. 45. n. 177 [p. 265-283]. jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160157>> Publicado em: Jan. 2018. Acesso em: 27 dez. 2018.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Tradução: Hilton Jipiassu. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. In: *Interesse Público* [p. 15-61]. v. 97. Belo Horizonte: mai./jun. 2016.

RORTY, Richard. *Filosofia, racionalidade e democracia*: Os debates Rorty & Habermas. Org.: José Crisóstomo de Souza. São Paulo: Unesp, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica e crítica*. v. 1. Tradução: Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005.

_____. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 4. ed. Tradução: Celso Reni Braida. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*: a crise na construção de respostas no processo civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHAKESPEARE, Willian. *Romeu e Julieta*. Tradução: F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros, Oscar Mendes. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: *The social science research network electronic paper collection*. n. 77. Michigan/U.S.: Michigan Law School, March 2007.

SILVA, Eliana Borges da. *O conceito de existência em Ser e tempo*. Dissertação de Mestrado. Goiânia: Universidade Federal de Goiás (UFG), 2010.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável [p. 23-50]. In: *Revista dos tribunais* 798. 2002. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 19 de mar. 2019.

SITO, Santiago Artur Berger. *Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no direito: da cisão à applicatio – um olhar a partir da crítica hermenêutica do direito*. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; FONTANIVE, Thiago. Hermenêutica tem relevante importância para a pesquisa jurídica. In: *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-21/diario-classe-hermeneutica-relevante-importancia-pesquisa-juridica>> Publicado em: 21 abr. 2018. Acesso em: 04 abr. 2019.

STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Unijuí, 2011.

_____. Em busca da linguagem para um dizer não-metafísico. In: *Natureza humana* [p. 289-304]. v. 6. n.2. jul.-dez. 2004. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302004000200005&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Gadamer e a consumação da hermenêutica [p. 204-226]. In: *Problemata: R. Interna. Fil.* v. 5. n. 1, 2014.

_____. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

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

_____. Direito não pode ser corrigido por valores. Entrevista conduzida por Pedro Canário. In: *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>> Publicado em: 02 abr. 2012. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. In: *Revista Latino Americana de Direitos Humanos – HENDU* [p. 93-105] v. 1. n. 1. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v1i1.374>>. Acesso em: 16 de mar. 2019.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para a Alexy. In: *Revista Direito e Práxis*. v. 4. n. 7 [p. 343-367], 2013.

_____. Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar! In: *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>. Publicado em: 08 fev. 2018. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. In: *Revista Opinião Jurídica: Fortaleza*. ano 15. n. 20 [p.160-179]. jan./jun. 2017.

_____. *A hermenêutica diante da relação “regra-princípio” e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RT Online. v. 98 [p. 241-266]. Set./Out., 2012.

TARRUFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica [p. 237-248]. In: *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. n. 5. 2015. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/51>> Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: *Participação e processo* [p. 37-50]. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe (Coord.). São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.

_____. *A motivação da sentença civil*. Tradução: Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor d. Paula Ramos. 4. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Il fato e l’interpretazione. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. v. 26. n. 2 [p.195-208]. jul./dez., 2010. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/73bc042fd2c6cc9f87c4d151e4714dbc.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2019.

VATTIMO, Gianni. *Introduzione a Heidegger*. 7. ed. Bari: Laterza, 1991.

_____. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. *Introdução Geral do Direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1994.

WEINSHEIMER, Joel C. *Gadamer’s hermeneutics: a reading of Truth and Method*. New York: Yale University Press, 1985.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão: Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? In: *Revista de Processo*. v. 259 [p. 21 – 53]. Set., 2016.