III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

KARYNA BATISTA SPOSATO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente:
Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Karyna Batista Sposato; Lucas Catib De laurentiis; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-296-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Argumentação. 3. Realismo. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os textos aqui reunidos foram apresentados no Grupo de trabalho “Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico”, atividade que integrou o III Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito (Conpedi). Os trabalhos tratam questões como positivismo jurídico, interpretação, ativismo judicial, direito à saúde, educação, teoria da ponderação e dos princípios. A grande variedade de temas e a multiplicidade de pontos de vista e abordagens demonstram a importância científica e a relevância deste evento. Os debates e apresentações foram extremamente ricos e importantes para o desenvolvimento de novas ideias e perspectivas para as teorias da justiça e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Tudo isso vem reforçar a riqueza dos Encontros organizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito, atividade que congrega professores, pesquisadores e estudantes de todas as regiões do país. Em seu novo formato digital, o Encontro do Conpedi já está consolidado como um espaço genuíno de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira com base em debates de alto nível e excelência acadêmica. Em tempos de Pandemia e de extremismos políticos, esta iniciativa mostra ter extrema relevância científica e política para o direito e a sociedade brasileira.

Desejamos a todos a uma excelente leitura!

Prof. Dra. Karyna Batista Sposato

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

O PRINCÍPIO DO (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO À LUZ DO PENSAMENTO DE LENIO STRECK

THE PRINCIPLE OF (FREE) MOTIVATED CONVINCING IN THE LIGHT OF LENIO STRECK'S THOUGHT

Fábio Da Silva Santos [1]
Saulo José Casali Bahia [2]

Resumo

O Código de Processo Civil expurga a ideia de livre convencimento motivado, deixando o juiz solipsista (que escolhe os resultados de sua interpretação para buscar alguma fundamentação de sua escolha realizada arbitrariamente) para dar lugar àquele que fundamenta as decisões. Por meio de uma pesquisa exploratória da doutrina, e à luz do pensamento do jurista Lenio Streck, observa-se que é possível que a decisão deixe de ser o produto de um sentimento pessoal ou de um subjetivismo e passa a ser o resultado de uma análise do direito e do fato, de uma linguagem pública e com rigorosos critérios republicanos.

Palavras-chave: Livre convencimento motivado, Pamprincipiologismo, Filosofia da consciência, Filosofia da linguagem, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Code of Civil Procedure purges the idea of motivated free convincing, leaving the solipsist judge (who selects the results interpretation to seek some reasoning for his choice made arbitrarily) to give way to the one who bases the decisions. Through an exploratory research of the doctrine, and in the light of the thought of the jurist Streck, it is observed that it is possible that the decision is no longer the product of a personal feeling or of a subjectivism and becomes the result of an analysis of law and fact, of a public language and with strict republican criteria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free motivated convincing, Pamprincipiologism, Philosophy of consciousness, Philosophy of language, Judicial decision

[1] Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania, Tema Análise Econômica do Direito (UFBA). E-mail: fabiosantosdireito@gmail.com

[2] Professor (UFBA). Juiz Federal (SJBA). Doutor em Direito (PUC-SP). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). E-mail: saulocasalibahia@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa buscou discutir a fundamentação das decisões judiciais à luz do pensamento do jurista e professor brasileiro Lenio Streck. Para tanto, foi necessário enveredar pela filosofia do direito para conhecer os paradigmas filosóficos que (ao longo da história serviram e) servem de base para a construção da fundamentação das decisões judiciais.

É realizado um percurso desde a metafísica clássica (objetivismo), passando pela metafísica moderna (subjetivismo) até culminar na filosofia da linguagem (intersubjetivismo). Neste ponto, fica evidenciada a ruptura entre os paradigmas da *filosofia da consciência*, no qual a ideia de *livre convencimento* foi gestada e o paradigma da filosofia da linguagem, também conhecido como giro ontológico-linguístico, com o qual foi elaborado o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

A partir dessa ruptura, é possível indagar se após o advento do CPC/15 ainda é possível fundamentar as decisões judiciais invocando o *princípio do livre convencimento motivado*.

Ora, o CPC/15 é a primeira grande regulamentação sobre Processo Civil a ser aprovada em período recente. Obviamente o novel diploma não é perfeito e tem seus problemas, mas possui valiosas mudanças, como é o caso do art. 371[1]. Este artigo ao não mais prevê a palavra "livremente"[2], como previa o artigo 131 do CPC/1973, o que significa que o *livre convencimento* foi expurgado do CPC, sendo uma opção paradigmática feita pelo legislador em fiel observância da teoria do direito contemporâneo.

É necessário conhecer o instituto do *princípio do livre convencimento motivado* para identificar as razões do seu não abandono, bem como analisar a relação do *princípio do livre convencimento motivado* com o paradigma da filosofia da linguagem. E principalmente, à luz do pensamento do jurista Lênio Streck, um dos autores brasileiros que construiu uma apreciação crítica a respeito do problema. A pesquisa, que se reveste de revisão bibliográfica, estrutura-se, além destas considerações introdutórias, de seções que respondem os objetivos específicos da investigação, tais como uma análise de princípios jurídicos, com destaque ao *pampricipiologismo*, bem como descrições do CPC/1015, e a resposta adequada à constituição.

---

[1] CPC/2015: "Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.".

[2] CPC/1973: "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.".

2 AS DIVERSAS POSSIBILIDADES DE USO DO CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

O conceito de princípio é articulado no âmbito da atividade jurídica em diversos contextos de uso. Vale dizer que, para articular corretamente seu significado, primeiro é preciso estar atento ao sentido que se descortina quando se faz uso deste conceito no cotidiano da prática jurídica.

Dessa forma, não é incomum que, ao lançar mão do termo princípio, o jurista deixe de precisar qual a acepção que está empregando o referido instituto naquele momento. Desse contexto surge uma confusão e imprecisão do emprego do conceito de princípio.

Portanto, torna-se imperioso investigar as diferentes possibilidades de uso do conceito de princípio em Direito para que se possa proceder a uma análise rigorosa deste instituto jurídico. Para tanto, este trabalho adotou a proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito dos autores Georges Abboud, Henrique Carnio e Rafael Oliveira (2015).

Essa proposta agrupa esses diferentes usos do conceito em três dimensões que comportam, do ponto de vista histórico conceitual, um diferente espaço e um específico horizonte de perspectiva. Essas três dimensões cobrem um movimento histórico que se deflagra no século XIX e chega até o nosso contexto atual. Assim, é preciso distinguir e perceber as rupturas que existem entre três possibilidades de uso do conceito: a) os princípios gerais do Direito; b) os princípios jurídico-epistemológicos e c) os princípios constitucionais.

O uso do conceito de princípio, com a finalidade de indicar a ideia de princípios gerais do direito, data do século XIX, com o advento dos sistemas codificados de direito privado. O ápice dessa apreensão do conceito de direito pode ser percebida nos códigos civis da época. Notadamente, os códigos civis alemão de 1900 e francês de 1804 são os mais destacados neste contexto.

O que ocorreu, na prática foi que a introdução dos princípios gerais do direito naquele espaço de experiências significou um contraponto à ideia então vigente, relacionada ao ideal de completude que embasava a codificação francesa. Expressão máxima desse estado de coisas é a prescrição napoleônica que vedava a interpretação dos dispositivos do código civil francês, que tudo devia regular no seu modo indicado. Já do lado alemão, a repercussão se deu na fórmula dedutivista de aplicação do direito formulada pelo que se convencionou chamar de pandectística alemã. Os “princípios gerais” foram percebidos como “axiomas de justiça” capazes de integrar o sistema codificado em casos de possíveis lacunas legislativas.

No fundo, os princípios gerais do direito continuavam a operar com a mesma lógica que estava pressuposta pelo sistema de direito privado: a lacuna legislativa seria apenas aparente. O sistema seria sempre completo, uma vez que os princípios gerais do direito estariam pressupostos pelo sistema codificado. Sua aplicação a casos particulares, além de excepcionalíssima, obedeceria ainda às regras do método dedutivo-axiomático. O apelo à razão integradora é significativo aqui porque denota, de forma expressiva, como tais "princípios gerais" representavam uma espécie de reminiscência jusnaturalista dentro do sistema positivo de direito privado, plasmado nas codificações.

O uso do conceito de princípios, na perspectiva de um princípio jurídico-epistemológico, faz parte do mesmo tempo histórico dos princípios gerais do direito. A diferença, na verdade, vai se dar no espaço de experiência. Daí, é possível depreender que existe uma nítida diferença entre o emprego dessas duas acepções do conceito de princípio.

Primeiramente, os princípios gerais do Direito possuem uma clara finalidade aplicativa. É importante ressaltar que os mesmos se destinam a solucionar um problema de aplicação do direito onde, aparentemente, não existe nenhuma regra clara disponível no sistema para resolver o caso concreto apresentado. A seu turno, os princípios jurídico-epistemológicos possuem a finalidade de dirigir e organizar o estudo de uma disciplina cientifica particular do Direito.

Em decorrência dessa intenção (de dirigir e organizar o estudo de uma disciplina particular do Direito), inaugura-se, também no século XIX, um movimento de autonomização de diversas disciplinas no estudo do Direito. Notadamente no âmbito do Direito Privado. É com esse movimento que começam a surgir as chamadas "disciplinas filhotes", fruto dessa separação que passa a ser possível a partir da autonomia conferida pela ideia de princípios jurídico-epistemológicos. Assim, são demarcadas as particularidades de uma série de disciplinas que não apareciam no espaço de experiência dos juristas medievais, bem como dos juristas do início da modernidade.

O processo, por exemplo, antes um apêndice dos estudos sobre o direito privado, passa a ser estudado autonomamente, ou seja, com pretensões de instituir uma ciência autônoma: a ciência processual. As disciplinas de direito do Estado (Constitucional, Administrativo e Tributário) passam, igualmente, por um processo de autonomização com relação à filosofia política e aos precários estudos sobre o "direito público", reivindicando, igualmente, o *status* de ciência.

É importante ressaltar que a noção de ciência que se trata aqui não se confunde com aquela que está ligada à aplicação de um método experimental. Está se tratando da ideia de sistema no sentido de sistematização, organização. O ponto chave é estudar, de forma sistemática e autônoma, cada uma dessas disciplinas.

Todas essas disciplinas, sem exceção, irão recorrer ao conceito de princípio para organizar e sistematizar os seus conteúdos. Porém, nesse caso, a preocupação é com o estudo e a análise dos temas cobertos por cada uma dessas disciplinas e, não necessariamente, uma resposta a um problema de aplicação do direito. Esse último aspecto pode até aparecer no campo de análise, porém esse será um efeito indireto. A função primordial do conceito de princípio aqui é de natureza epistemológica: organizar o estudo de uma disciplina jurídica específica.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, inúmeras transformações se processaram na teoria jurídica. Por esse motivo, também o conceito de princípio foi afetado, simultaneamente, por um processo de ruptura no contexto de espaço e experiência, bem como de horizonte de expectativa, conduzindo à abertura de novas possibilidades de significado.

Nesse caso, os princípios – agora associados à Constituição e à toda sua carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos fundamentais – passam a incorporar um elemento pragmático muito forte. Há uma semelhança de intencionalidade com relação aos princípios gerais de direito. Todavia, a composição metodológica do conceito de princípio geral do direito é axiomático-dedutiva e residual, ao passo que os princípios constitucionais são fortemente pragmáticos e imperativos, com carga axiomático-indutiva e indutora, um verdadeiro prisma pelo qual todo o ordenamento jurídico deve ser visto e interpretado.

Devido à proximidade de uso entre as acepções de princípios gerais do Direito e princípios constitucionais, é forçoso proceder a uma análise minuciosa da distinção entre esses dois usos do conceito de princípio.

2.1 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Torna-se evidente que, para a análise das variadas possibilidades de uso do conceito de princípio, é imprescindível estar atento para as descontinuidades significativas e para o surgimento de novos fatores a compor um novo espaço de experiência e um novo horizonte de expectativas.

Nesse sentido, Lenio Streck (2017) afirma existir uma ruptura paradigmática entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito. Os primeiros não podem simplesmente ser considerados sucedâneos dos outros.

De fato, os princípios gerais do Direito são *topois* argumentativos e consistem em sistematização de métodos e regras usadas para a solução de antinomias, em grande parte oriundas da evolução do próprio Direito privado.

Nesse sentido, é promovida uma radical mudança com relação ao Direito que, em última análise, trará consigo propostas jusfilosóficas dispostas a repensar o sentido do Direito e seus vínculos com o comportamento humano concreto. Isso implica em não o considerar mais como um sistema fechado, construído abstratamente a partir de modelos epistemológicos ancorados na subjetividade ou modelos de acordo com os padrões matemáticos de conhecimento.

Dessa forma, ocorre a afirmação dos conceitos de "direitos fundamentais", das ditas "cláusulas gerais", dos "enunciados abertos" e, consequentemente, dos "princípios". Todos estes elementos passam a ser constitutivos da normatividade. São reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela. Vale ressaltar que a própria lei perde seu *status* de fonte quase exclusiva do direito e adquire outras dimensões.

Consequentemente, o primado teórico que o abstracionismo-racionalista do Direito moldou acabava por direcionar a manifestação da experiência jurídica para apenas o conhecimento da estrutura sistemática dos conceitos que compõem a legislação e a supressão das lacunas e incoerências (papel dos conhecidos princípios gerais do direito).

Em suma, cabe registrar que esses elementos, que permeiam o conceito de princípios constitucionais, embora projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial, não podem ser tidas como permissivas de uma livre criação jurisprudencial do direito.

O dever de fundamentação das decisões somente é plenamente satisfeito na medida em que as decisões se apresentem adequadas à Constituição. No fundo, os princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões. Ademais, o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, porque eles são manifestação histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de experiência jurídica comum.

Deve-se consignar que a má utilização ou o uso descriterioso dos princípios constitucionais tende a gerar grande insegurança jurídica e perda da parâmetros para aplicação

do direito. Lênio Streck denominou esse uso equivocado dos princípios, no Brasil, de pamprincipiologismo.[3]

3 PAMPRINCIPIOLOGISMO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Uma das grandes discussões jurídicas e que atravessa séculos diz respeito ao conceito de Direito. É preciso reconhecer que, por muito tempo, essa questão ficou vinculada à pergunta " - é o Direito um sistema de regras?", questionamento que surge em função das propostas que, na história do pensamento jurídico, mais influenciaram o Direito, como o positivismo jurídico, bem como as teses que visaram a superação desse paradigma, como a teoria de Ronald Dworkin, por exemplo. Nesse contexto, há um elemento que fomentou boa parte desse debate: qual o papel dos princípios?

Lenio Streck (2017, p.149) afirma que parcela da comunidade jurídica respondeu à pergunta que sempre perturbou o Direito "o que fazer com a moral?" com a seguinte resposta: "princípios são valores e trazem a moral para dentro do Direito". Para Streck, tal circunstância fragilizou sobremodo o necessário grau de autonomia que o Direito necessita preservar em uma democracia. Deveria para ele ser rejeitada pelos juristas uma tese ou postura que permitisse que um *standard* qualquer tenha o condão de balizar o Direito aprovado democraticamente pelo parlamento. Mas não foi isso que aconteceu e o que vem ocorrendo. O Direito foi inundado por uma produção de *standards* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei. Um princípio – sem qualquer densidade deontológica – tem a força de derrotar o Direito, sem que o intérprete lance mão da jurisdição constitucional.

A esse fenômeno Lenio Streck (2017) deu o nome, desde 2004, depois de um debate com o professor Luis Roberto Barroso sobre o princípio da afetividade, de *pamprincipiologismo*, havendo uma longa lista de "pamprincípios" em Verdade e Consenso. Alguns deles podem ser elencados, tais como o princípio da cooperação processual, da colegialidade, da simetria, da simplicidade, da conexão, da confiança, da afetividade, do fato consumado, da instrumentalidade processual, da confiança no juiz da causa, do deduzido e do dedutível e mais uma centena de *standards*.

Desde o debate de Dworkin com Hebert Hart, este alcunhado de "positivista suave", é possível afirmar que o Direito não é apenas um sistemas de regras, mas de regras e

[3]PAMPRINCIPIOLOGISMO. *In*: DICIONÁRIO de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. cap. 27, p. 149.

princípios. Este é o modelo combinado de que fala também Alexy (2011). Entretanto, no caso brasileiro, que fez uma frágil leitura do *positivismo jurídico* (em especial kelseniano), este assunto começa a ganhar destaque a partir da assimilação das teses neoconstitucionalistas, que surgiram na Espanha e na Itália. O *neoconstitucionalismo*, dentre outros aspectos, redimensionou o papel dos princípios de tal modo que repercutiu num reforço ao ativismo judicial, na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modo de abertura interpretativa.

Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do Direito, fragilizando sobremodo o seu grau de autonomia e a própria força normativa da Constituição, para Streck, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser extraídos tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou "corrigir" as incertezas da linguagem.

Sobre os referidos *standards*, Lenio Streck (2017, p.150) arremata da seguinte forma:

> Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiológicas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Esse ativismo demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os seus avanços podem passar a depender das posições individuais dos juízes e tribunais. Aqui parece ficar claro como a ideia de "Constituição como ordem de valores" é literalmente subsumida à teoria alexyana (ALEXY, 2011) da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria desse autor. Ora, os princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tenciona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente, ou seja, posterior à colisão, que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para "racionalizar" a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais, racionalizadores, são integralmente desconsiderados na maioria dos casos.

De fato, o Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação.

O estado da arte do quadro principiológico se torna ainda mais complexo e problemático quando se constata que se está diante de um conjunto de "princípios" dos quais é difícil, para não dizer impossível, reconhecer o DNA em tempos de pós-positivismo (não-positivismo) e da busca da autonomia do direito. Em muitos casos, chega a ser impossível identificar o *status* dos aludidos "princípios", isto é, se se está diante de princípio constitucional, infraconstitucional ou de um enunciado no nível dos velhos "princípios gerais do Direito".

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses "princípios") é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da "afetividade", um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.

3.1 O PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

Na modernidade, a metafisica recebeu o nome de *teoria do conhecimento*, o que se conhece também como *paradigma epistemológico da filosofia da consciência*, e como característica tem a permanência do esquecimento da diferença ontológica entre ser e ente, conceito central na obra heideggeriana.

A *filosofia da consciência* tem direta relação com o sujeito do esquema S-O (sujeito-objeto). Esse sujeito é uma construção moderna. Há um consenso de que é com Descartes que se inicia a modernidade no sentido filosófico-paradigmático. A *filosofia da consciência* altera profundamente a concepção objetivista (realismo filosófico) de mundo presente na metafísica clássica. Contra o "mito do dado", a razão humana se instaura, passando os sentidos a não estarem mais na substância das coisas, mas na mente do sujeito.

Descartes, o primeiro pensador da metafísica moderna, pergunta pelo *usus rectus rationis*, ou seja, *facultatis indicandi*, pelo correto uso da razão, isto é, da capacidade de julgar. Em Discurso do Método, Descartes (2001) introduz a questão do método, em que este passa a ser o supremo momento da subjetividade e da possibilidade de certeza. Trata-se da indubitabilidade da verdade: penso, logo existo (*cogito ergo sum*). É a base individualista (veja-se, mais uma vez, como o sujeito solipsista é uma invenção da modernidade) da indagação filosófica de Descartes que constitui o seu aspecto mais relevante, como uma espécie de iniciação filosófica da era moderna.

Enfim, a partir de Descartes, com a máxima do *cogito ergo sum*, toda a consciência acerca das coisas e do ente em sua totalidade acaba reportada à autoconsciência do sujeito humano, tido este como fundamento inabalável de toda a certeza. Com isso, a certeza da realidade é projetada como uma objetividade concebida pelo sujeito moderno (cartesiano), exatamente como aquilo que é lançado e mantido em oposição a ele. Numa palavra, a "realidade do real" é o ter-sido-representado pelo sujeito representador e para este, e justamente por isso, é que na Modernidade é onde surge o paradigma da *filosofia da consciência.*

Neste momento, o método se coloca como a resposta à pergunta sobre "como encontrar o caminho seguro para a verdade", derivado da segurança fixa da certeza do sujeito moderno que pensa. Este método não deve ser concebido unicamente sob a visão própria, ou seja, como modo de investigação e de pesquisa, mas na condição de um caminho que visa uma essencial determinação da verdade, passível de fundamentação por meio da simples capacidade racional-individual do homem.

Por isso, o *cogitare* em Descartes é trazer algo para si, apresentar para si algo que é representável, o que apenas é possível por meio da apreensão ou do assujeitamento, de modo que este mesmo *cogitare* coloca a si mesmo como aquilo que não admite mais nenhuma dúvida acerca do que é, e como é. Dentro deste paradigma é que se torna possível a *certeza de si* do pensamento pensante, ou seja, a prevalência do sujeito moderno, que possui a capacidade de conhecer por completo e assujeitar o mundo que o circunda. A subjetividade é instauradora do mundo.

Algum tempo mais tarde, mas ainda no paradigma moderno da *filosofia da consciência*, aparece o *Ich denke* em Kant (2001), uma nova formulação da metafísica moderna como o ponto último da fundamentação da realidade. Aqui, o sujeito moderno (*Subiectum*) passa a ser aquilo que subjaz, o que implicitamente se encontra na base de todo o conhecimento.

De acordo com a lógica do sujeito cognoscente, prevalente no paradigma da *filosofia da consciência*, as formas de vida e relacionamento são "reificadas/coisificadas" e funcionalizadas, comprimindo-se tudo em uma relação sujeito-objeto, de maneira que o sujeito observador estaria situado em frente a um mundo passível de absoluta objetificação e descrição. Este mesmo sujeito cognoscente possui a capacidade de estabelecer, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação, de modo que não se considera a sua condição verdadeira humana de já estar desde sempre no mundo.

Segundo a história do pensamento filosófico ocidental, no final da metafisica, o ser se manifesta, nas obras de Nietzsche (2001), como vontade de poder. Isso significa que a passagem de Descartes a Nietzsche é justamente a da transição da razão para a vontade. De Descartes a Hegel, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Mas é somente com Nietzsche que a vontade se torna fundamento e essa vontade não tem outro fundamento se não ela mesma, culminando em um intenso relativismo. Pior do que um sujeito que concentra a realidade em si é o sujeito niilista, que molda a realidade conforme seus desejos e interesses pessoais, aquele que parece predominar no cenário jurídico atual, o sujeito relativista e dono dos sentidos.

Neste ponto Lenio Streck (2017, pp.75-76) chama atenção para leitura frágil que se faz do paradigma da filosofia pela dogmática jurídica:

> O problema em síntese, nem é o da aparente opção (ou permanência) pelo paradigma da filosofia da consciência. A questão a ser debatida é a vulgata deste paradigma feita pela dogmática jurídica. Nesse momento, a vulgata da filosofia da consciência aparece como um sintoma da discricionariedade judicial, como algo que está recrudescido no imaginário gnosiológico dos juristas, que é a percepção de que a "liberdade de decisão do juiz" está ligada a uma ideia de irresponsabilidade inconstitucional, sempre baseada na subjetividade do magistrado. Algo como dizer que o-juiz-constrói-sua-decisão-a-partir-de-uma-simbiose-de-razões-e-sentimentos que são apenas seus (vale dizer, um juiz solipsista – um *Selbstsüchtiger*). Ora, dizer que o juiz decide conforme sua consciência retira o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário. Desse modo, o atrelamento da concepção de Direito (ainda dominante na dogmática jurídica) à vulgata da filosofia da consciência acaba por permitir que, por exemplo, juízes ainda acreditem na possibilidade de tomarem para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência.

Portanto, no Direito, quando alguém diz que o juiz decide por livre convencimento ou que só obedece a sua consciência ou coisas do gênero, é possível afirmar que ali ainda está presente o sujeito autoritário da modernidade.

4 O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Para além da operacionalidade *strictu sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa "metodologia" de vários modos. E isso "aparecerá" de várias maneiras, como na direta aposta na:

a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio "sentença como *sentire*";

b) interpretação como fruto da subjetividade judicial;

c) interpretação como produto da consciência do julgador;

d) crença de que o juiz deve fazer a "ponderação de valores" a partir de seus "valores";

e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador;

f) crença de que "os casos difíceis se resolvem discricionariamente";

g) cisão estrutural entre regra e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma "abertura de sentido" que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.

Há ainda outras hipóteses. Lenio Streck (2017) cita tão somente algumas que representam, simbolicamente, uma forte parcela do imaginário jurídico – de manifestação de filiação ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto). Uma observação: o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizada como "filosofia da consciência"; trata-se de uma vulgata disso. E adverte:

> Em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram paradigmaticamente no "paradigma epistemológico da filosofia da consciência". Advirto, porém, que é evidente que o *modus decidendi* não guarda estrita relação com o "sujeito da modernidade" ou até mesmo com o "solipsismo kantiano". Esses são muito mais complexos. Aponto essas "aproximações" para, exatamente, poder fazer uma anamnese dos discursos, até porque não há discurso que esteja "em paradigma nenhum", por mais sincrético que seja (STRECK, 2017, pp. 39-40).

Refira-se, que, não raras vezes, depara-se com uma mixagem (ou sincretismo) de paradigmas inconciliáveis, como é o caso da "junção" do paradigma metafísico-clássico (*adequatio intellectus et rei*) e a *filosofia da consciência* (*adequatio rei et intellectus*), embora, ao fim e ao cabo, sempre prevalecerá a "livre convicção" ou "a vinculação à consciência do julgador" (sempre com a ressalva de que o que vemos no campo jurídico é uma vulgata, tanto da ontologia clássica como da *filosofia da consciência*).

Com efeito, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real, como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a sua produção pudesse ser gerida a partir da consciência (*filosofia da consciência*, em que o sujeito "constrói" o objeto, mediante leis gerais do "espírito"). Ora, por trás desse "vício de origem" da "metodologia do direito" está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos "casos" de insuficiência da "plenitude" da razão teórica), que, por acaso, é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: *o positivismo jurídico*. Discutir o positivismo é discutir paradigmas. Mais do que isso, é tratar de rupturas paradigmáticas. Para tanto, é preciso entender que a principal característica do(s) positivismo(s) – a discricionariedade – está ligada umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, ao esquema sujeito-objeto.

Assim, Lenio Streck (2017) insiste em ancorar a presente discussão na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da *filosofia da consciência* pelo *giro ontológico-linguístico*. Afirma também que quem melhor explicou essa problemática foi Heidegger, para

quem, de Descartes a Nietzsche, o sujeito da subjetividade "imanente" é o ponto comum que atravessa a metafísica moderna. Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (solipsista, egoísta, que se basta ou encapsulado). É ele que se "encarrega" de fazer a "inquisição". E a verdade será a que ele, o "sujeito", estabelecerá a partir da sua consciência. Isso surge, por exemplo, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios como o do "livre convencimento do juiz" e ou "livre apreciação da prova".

4.1 O PARADIGMA DA LINGUAGEM OU O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO

Desde os tempos de Platão (1987), de sua obra *Crátilo* e de seu contexto político, a filosofia se debruça sobre a busca pelo conhecimento e pela verdade. Afinal, ali, quatro séculos antes da Era Cristã, já se discutia a "justeza dos nomes". Isto é, quais as condições de possibilidade para que os objetos tenham determinados nomes e não outros? Como funciona a relação do sujeito com o objeto? Qual é o papel da linguagem? Verdade ou método? Essas perguntas atravessam os séculos, experimentando diferentes respostas, representadas por diferentes "princípios epocais" que marcaram a longa travessia por dois grandes paradigmas metafísicos.

Cada época organizou sua concepção de fundamento. Fazendo um pequeno escorço histórico destes vinte séculos, a busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* está já na ideia platônica, na substância aristotélica, no *esse substens* do medievo, no *cogito* cartesiano inaugurador da *filosofia da consciência*, no *Ich denke* kantiano, no absoluto hegeliano, pela vontade de poder nietzschiana.

É possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). Essa é a dicotomia objetivismo-subjetivismo, presente e influente nas teorias que buscam explicar o modo como conhecemos e compreendemos o mundo.

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na Modernidade (ou com a Modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (Aufklärung). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *iluminatio* divina. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra "sujeito" muda de posição. Ele passa a "assujeitar" as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto (S-O), em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionaram o surgimento do Estado Moderno.

Já a ruptura com a *filosofia da consciência* – esse é o nome do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que Lenio Streck (2017) denominou de *giro ontológico linguístico*. Esse giro "liberta" a filosofia do *fundamentum*, que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada "invasão" da filosofia pela linguagem. Mais do que isso, tratava-se do ingresso do mundo prático na filosofia.

Da epistemologia – entendida tanto como teoria geral ou teoria do conhecimento – avançava-se em direção a esse novo paradigma. Nele, existe a descoberta de que, para além do elemento lógico analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático. Em Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender; em Wittgenstein, na fase em que escreve suas *Investigações Filosóficas*, é uma estrutura linguística intersubjetiva.

E é por isso que Lenio Streck (2017) entende que se pode dizer que Heidegger e Wittgenstein foram os corifeus dessa ruptura paradigmática, sem desprezar as contribuições de Austin, Apel, Habermas e Gadamer, para citar apenas estes. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade "assujeitadora" e não o sujeito da relação de objetos (refira-se, que por vezes, há uma leitura equivocada do *giro linguístico*, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da *filosofia da consciência* [S-O] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos).

Com o *giro ontológico-linguístico*, o sujeito não é fundamento do conhecimento. Ele não mais é o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual, quando perguntamos sobre como o compreendemos, já chegamos tarde para responder a essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos.

Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública. Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento.

No campo do direito, tais questões ainda permanecem difusas em um misto de objetivismo e subjetivismo. Por vezes, a doutrina jurídica se limita a afirmar que a tarefa do

jurista é a de simplesmente fixar-se na literalidade dos dispositivos legais, como que a repetir um olhar do realismo filosófico, ou, de maneira diametralmente oposta, a de deixar de aplicá-los por meio de institutos que apostam na subjetividade do juiz como o critério último de decisão, como se não existisse qualquer constrangimento externo.

5 O PRINCÍPIO DO (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC) DE 2015

O CPC 2015, elaborado a partir de uma comissão de renomados juristas, depois de muita discussão e debate, foi instituído pela Lei 13.105, de 16-3-2015, atualizada pela Lei n. 13.256, de 4-2-2016, com entrada em vigor após um ano de sua publicação (DOU de 17-3-2015). O CPC/2015, como também ficou conhecido, é a primeira grande regulamentação sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático. Obviamente o novel diploma não é perfeito e tem seus problemas, mas possui valiosas mudanças, como é o caso do art. 371. Este artigo ao não mais prever a palavra "livremente", significa que o livre convencimento foi expurgado do CPC, sendo uma opção paradigmática feita pelo legislador em fiel observância da teoria do direito contemporâneo.

O próprio Lenio Streck (2017, p.567) ajudou a redigir a justificativa da emenda que suprimiu o livre convencimento motivado do CPC/2015:

> É importante ter em conta – e isso será explicitado no comentário do art. 371 – que o legislador do CPC optou por expungir o livre convencimento motivado (ou simplesmente, o livre convencimento). Com efeito, o projeto do CPC, ao chegar à Câmara dos Deputados, continha o poder do livre convencimento e a livre apreciação da prova. Uma emenda supressiva do Relator, Dep. Paulo Teixeira, a partir de um artigo que produzi na revista jurídica Conjur (http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc), eliminou todas as expressões que indicavam a "liberdade de apreciação da prova ou livre convencimento acerca dos fatos". Assim, uma simples interpretação histórica demonstra a "vontade" explícita do legislador – expressão aqui utilizada como "limites semânticos do texto" – em dar um passo à frente na história, superando o paradigma da subjetividade (e/ou de suas vulgatas). Assim, a exclusão do livre convencimento não pode ser entendida simplesmente como um "acidente de percurso" ou um "descuido epistêmico" por parte do Parlamento. O que ocorreu foi uma superação paradigmática.

Há diversas chaves hermenêuticas que devem reger a interpretação de todos os dispositivos do novo Código. Em alguns casos, mesmo que o texto jurídico não tenha sido alterado, alterou-se a sua norma (o sentido do texto), porque o CPC possui uma série de elementos que o diferenciam paradigmaticamente do anterior, a começar pela expulsão do livre convencimento, a exigência de coerência e integridade, a fundamentação detalhada na questão dos precedentes e a proibição da surpresa (art. 10). Assim, por exemplo, não há hierarquização das provas. Tanto a "prova legal" quanto a prova decorrente de confissão e as

chamadas pericial, documental, testemunhal, todas devem ser compreendidas a partir de uma reconstrução que tenha por norte não a convicção pessoal do juiz, mas, sim, o sentido intersubjetivo que exsurge de uma linguagem pública e não privada.

Por este motivo, Lenio Streck levanta o seguinte questionamento: "Onde entra o livre convencimento que, agora, foi expungido do CPC?" Para responder o questionamento, ele indica que seja visto o resumo da justificativa que apresentou ao Relator do Projeto, Deputado Paulo Teixeira, e com a concordância dos juristas Fredie Didier Jr, Luiz Henrique Volpe e Dierle Nunes:

> embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e dos tribunais. (...) o livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão (STRECK, 2017, p.572).

Com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo. Desde o socialismo processual se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois, justificasse, como se a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade.

Observe-se que não foi somente nesse dispositivo que ocorreu a substancial alteração. Também o art. 401 do Projeto oriundo do Senado dizia que "a confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz". Isso desapareceu. E no art. 490 lia-se que "a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma ou outra". Agora, no § 3º do art. 480, lê-se "cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e outra". Mais um indicativo da vontade explicita de retirar os resquícios do solipsismo do sujeito da modernidade no CPC/2015.

5.1 APONTAMENTOS SOBRE A RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO

A discussão sobre a possibilidade e necessidade de respostas corretas no Direito deita raízes na história da filosofia e na própria discussão fundamental sobre a verdade. Não por acaso, o debate jurídico contemporâneo retoma a luta contra os diversos tipos de ceticismos, tentando não reincidir no seu oposto ingênuo que defenderia fundamentos últimos e absolutos para o conhecimento ("formalismos", jurisprudência mecânica", alguns "jusnaturalismos" etc.).

Lenio Steck (2017, p.251) elucida que o positivismo de Hebert L. A. Hart tenta fugir desse dilema, mostrando de que maneira já operaria entre um e outro extremo, na existência de regras jurídicas identificáveis nos contextos sócio-práticos. Contudo, estanca diante dos casos difíceis, nas chamadas zonas de penumbra, em que relega a decisão à discricionariedade do juiz, que atuaria como se fosse um legislador intersticial. É nesse ponto em que Hart pára no lugar em que seu aluno Ronald Dworkin começa chamando atenção para que, mesmo nesses casos, para além das regras, há ainda algum padrão normativo atuando na decisão.

Dworkin se vale, então, da categoria normativa dos princípios para atacar o modelo positivista de regras. Estas primeiras críticas à discricionariedade judicial o levam a desenvolver uma teoria do Direito mais abrangente, que inclui em seu núcleo a famosa tese da resposta correta. Contra caracterizações de sua tese que possam causar confusão, ele esclarece: em uma teoria que defende a discricionariedade, nenhuma das partes tem realmente direito a algo, devendo o Judiciário reconhecer esse direito por meio da melhor interpretação que o juiz fizer (DWORKIN, 2002). E isso não é democrático, porque desloca o pólo de sentido do Direito em direção da discricionariedade judicial.

Em um modelo hermenêutico (*Crítica Hermenêutica do Direito*) ou integrativo (dworkiniano), sentenças e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado. Ronald Dworkin diz que a decisão é um ato de responsabilidade política – e ele os defende nos campos da lógica, da filosofia da linguagem, da teoria da norma, da decisão judicial, da filosofia moral e política, além da metaética, como se vê detalhadamente em sua "Resposta aos Críticos" (DWORKIN, 2005). Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses.

Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da "*law as integrity*" de Dworkin, ambas importantes para a formação da *Crítica Hermenêutica do Direito*. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, na coerência e na integridade para conter as "contingências" do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mas, ainda, Gadamer e Dworkin não separam a "interpretação" da "aplicação" (daí a noção de *applicatio*, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *applicatio*.

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da

temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida. A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito, evitando a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária), o que respeita a coerência e a integridade do Direito a partir de uma detalhada fundamentação.

Resposta correta está ligada à superação do objetivismo e do subjetivismo. Por isso a noção de resposta correta é incompatível com pragmaticismos, realismos e todas as formas de positivismo. Resposta correta, finalmente, quer dizer que esta – a resposta – nunca advirá antes das perguntas serem feitas. Perguntas implicam estabelecimento de critérios para encontrar respostas adequadas. O conjunto de critérios indagativos a serem feitos pode começar pela verificação, a contrário *sensu*, de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma lei (ato normativo *lato sensu*).

Em síntese, a resposta correta ou adequada à Constituição é uma imposição da democracia. A teoria do Direito tem a difícil tarefa de responder às demandas advindas do interior de uma dogmática jurídica ainda refém de um discurso em que o livre convencimento ou livre apreciação da prova ainda é uma "fatalidade", fruto do sujeito autoritário da modernidade.

Resposta adequada à Constituição ou resposta correta significa ter responsabilidade política e isso implica assumir uma obrigação não apenas "de resultado", mas também "de meio", fazendo, aqui, uma alusão à teoria geral das obrigações. E isso se demonstrará na fundamentação do juiz. Os fundamentos expostos pelo juiz devem, necessariamente, enfrentar substancialmente todos os argumentos levantados pelas partes, de forma clara e sólida, de tal modo que a parte possa saber não apenas o que se decidiu, mas o porquê levou o juiz a decidir de tal forma (essa obrigação, aliás, está prevista no artigo 489[4] do Código de Processo Civil em vigor desde 2015, antes explicitado).

---

[4] Diz o dispositivo: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma

Por isso, fica difícil entender a insistência da doutrina jurídica continuar a sustentar, em tempos de intersubjetividade, o poder de *livre convencimento* ou de *livre apreciação da prova*. Trata-se de uma questão inerente à democracia. O próprio mundo desmente que possamos "apreciá-lo livremente". Nele nos movemos e acertamos milhares de vezes por dia. Por que nos autos de um processo poderia ser possível dizer qualquer coisa, sob o argumento de que o juiz é livre para apreciar? O grande problema, aqui, é a tradição inautêntica. Séculos de *filosofia da consciência* proporcionaram esse estado de coisas em que o campo jurídico é um dos últimos redutos do sujeito moderno.

Sobre o tema, Lenio Streck conclui na assertiva de que uma resposta adequada à Constituição – ou resposta correta – rechaça argumentos/fundamentos como o "livre convencimento", "livre apreciação da prova" e o uso de princípios como álibis teóricos. Entende que a decisão, embora dada por um juiz (no caso de decisão monocrática) não é um ato individual, porque é (deve ser) o produto de um debate público, elaborado com razões públicas, e que vincula as pessoas em nome da comunidade democrática. Segundo ele, não faz sentido algum escrever tratados a respeito do Direito ao contraditório ou o dever de fundamentar decisões se a decisão é, no final das contas, aquilo que o juiz concluiu, intimamente, que era.

Destaca que o direito não é aquilo que os juízes dizem que é. Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jugado básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo. Lenio Streck (2017) chama atenção para uma questão de postura, pois, de atitude diante de um problema jurídico (e não só moral, não só político e não só econômico). Responsabilidade de aplicar o Direito corretamente. Uma questão de princípio: garantir os direitos de quem efetivamente os possui.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto dos Direitos Fundamentais, pode-se inferir que sem filosofia não haveria mundo, pelo menos, não o que se conhece. Sempre existiram e sempre existirão paradigmas filosóficos de compreensão. E o mundo é o produto desses diversos paradigmas. Por mais que se critique a filosofia e seus expoentes (Sócrates, Platão, Aristóteles, Descartes, Kant, Hegel, Nietzsche...) afirmando que ela e seus pensadores são complexos, confusos e subjetivos, sem

---

afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.".

eles não seriamos capazes de nos colocar e nos movermos no mundo. Afinal, indagações do tipo: "o que é a verdade?"; "o que é a moral"? ou então "o que é subjetividade?" são eminentemente filosóficas.

Sabe-se que o Direito é um fenômeno complexo. Não se presta à simplificação e à facilitação. Na contramão desse entendimento está a parcela considerável da comunidade jurídica que acredita e defende que o Direito não passa de uma racionalidade meramente ou estritamente instrumental. Porém, o Direito não pode ficar imune aos influxos das profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos. Não existe nenhum motivo para acreditar que a forma de pensar dos juristas seria diferente do pensar dos filósofos. No campo da Filosofia já não se acredita em essências (objetivismo), e da mesma forma não deveria existir motivo para os juristas continuarem acreditando na busca da verdade real (subjetivismo). Igualmente, uma vez que a *filosofia da consciência* foi contestada e superada pelas diversas correntes linguísticas, não deveria haver razão para no campo jurídico se continuar a apostar na "consciência de si do ser pensante".

Este estado de coisas é em especial consequência do fato de que o processo do conhecimento é infinito, que cada compreensão parcial atualmente atingida neste processo é apenas parcial e neste sentido relativa, condenada, portanto, a "envelhecer" e a ser ultrapassada por uma compreensão mais completa. Mas isto não significa que esta compreensão parcial – considerada particularmente como um produto do nível atingido na época determinada pela ciência – não seja de modo nenhum uma verdade objetiva, que seja pura e simplesmente uma falsificação.

Por fim, destaca-se que o *princípio do livre convencimento motivado* se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Porém, essa compreensão parcial envelheceu e foi ultrapassada por uma compreensão mais completa proveniente do paradigma da filosofia da linguagem. Paradigmas existem para serem superados, e dessa forma a *filosofia da consciência* também envelheceu e foi ultrapassada por uma compreensão mais completa. Este momento (*Zeitgeist*) vem se impondo, e já aguardamos ansiosos pela próxima ruptura.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 445.

ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **A Teoria das Fontes do Direito e sua Visão Contemporânea**. *In*: ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. **Princípios no Direito: a necessária diferenciação entre as diversas possibilidades de uso do conceito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 8, p. 305-317.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 502.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 447-564.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Introdução à história da filosofia**. Lisboa, PT: Edições 70, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Lisboa, PT: Fundação CalousteGulbenkian, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal: prelúdio à filosofia do futuro**. Trad. Márcio Pugliesi. Helmus: Curitiba, 2001.

PLATÃO. **Diálogos 2**. Trad. de J. Calonge, E. Acosta, F.J. Oliveri e J. L. Calvo. Madrid: Gredos, 1987.

STRECK, Luiz Lênio. **A identificação do fenômeno na especificidade: o germe da filosofia da consciência**. *In*: STRECK, Luiz Lênio. O que é isto: decido conforme minha consciência? 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. cap. 4, p. 68.

STRECK, Luiz Lênio. **Art. 369 a 372**. *In*: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.): STRECK, Luiz Lênio. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap.12, p. 567, p.572

STRECK, Luiz Lênio. **Dicionário de Hermeneutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito.** Belo Horizonte: Letramento, 2017. Caps. 34, p. 242 & 36, p. 251-268.

STRECK, Luiz Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Luiz Lênio. **Nas nesgas da linguagem, as manifestações doutrinárias que des-cobrem o dna do solipsismo judicial**. *In*: STRECK, Luiz Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. cap. 3, p. 39.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Posfácio n. 5, p. 554-577.