

# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA  
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

**RUBENS BEÇAK**

**LEONEL SEVERO ROCHA**

**MARCELO TOFFANO**

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

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano; Rubens Beçak – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-714-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

---

#### **Apresentação**

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 20 de junho de 2023, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS NA ERA DIGITAL, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Rubens Beçak, Marcelo Toffano e Leonel Severo Rocha, que envolveu dezoito artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, “A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA DE LUÍS ALBERTO WARAT COMO RESPOSTA AOS CONFLITOS NO PERÍODO DE PÓS-PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria de Maria Eduarda Granel Copetti e Charlise Paula Colet Gimenez, tem o propósito de apresentar, uma análise, sob a perspectiva da mediação na visão de Luís Alberto Warat, como forma de gestão de conflitos no período de pós-pandemia da covid-19. A mediação transformativa de Warat, parte de um diálogo positivo e consensual em conformidade com uma cultura de paz.

Mario Cesar da Silva Andrade, apresentou o artigo “APONTAMENTOS PARA UMA ANÁLISE ONTOLÓGICA DO DIREITO PÓS-POSITIVISTA”. Este trabalho aborda um estudo da crítica ontológica ao direito, desenvolvida pela filosofia de Karl Marx e György Lukács. Traz, como fundamento, as considerações materialistas e ontológicas do ser social ao fenômeno jurídico, e investiga as potencialidades e limitações do direito, especialmente a partir da contraposição entre os paradigmas jurídicos positivista e pós-positivista.

“AS CONTRIBUIÇÕES DO DIÁLOGO GADAMERIANO A HERMENÊUTICA JURÍDICA”, é de autoria de David Freitas Prado, que realiza uma investigação acerca da obra ‘Verdade e Método’ de Hans-Georg Gadamer, retirando preciosas contribuições dos seus ensinamentos a hermenêutica jurídica. Traz a distinção entre a simples interpretação normativa e uma interpretação contextualizada em uma breve análise histórica. Apresenta

também apontamentos sobre a linguagem, o diálogo e a fusão de horizontes, demonstrados a partir do pensamento gadameriano.

“AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL: UM ENSAIO SOBRE A NECROPOLÍTICA”, cujas autoras são Mariana Oliveira de Sá e Lucia Maria de Sousa, analisam como o biopoder exercido pelo Estado, se transforma em uma espécie de necropoder, atuando em uma necropolítica, no contexto das pessoas em situação de rua e a ausência de políticas públicas de contenção da COVID-19 no Brasil.

Os irmãos, Ricardo Evandro Santos Martins e Evandro Borges Martins Bisneto, desenvolveram o estudo sobre “AS PRINCIPAIS CONCEPÇÕES DE BIOPOLÍTICA: DA APORIA À CHAVE INTERPRETATIVA”. Seu objetivo, foi abordar as principais concepções sobre a biopolítica. Tais conceitos são extraídos dos entendimentos de três referenciais da filosofia contemporânea: Roberto Esposito, Michel Foucault e Giorgio Agamben.

“CIBERESPAÇO COMO FOMENTO ÀS INCONGRUÊNCIAS HERMENÊUTICAS E SEUS IMPACTOS (IN)CONSTITUCIONAIS”, apresentado pelas autoras, Ranivia Maria Albuquerque Araújo e Renata Albuquerque Lima, aborda uma investigação sobre a influência das consequências de um ciberespaço ilimitado e suas redes sociais, nas decisões do Poder Judiciário. Analisam, para tal, como as redes sociais, através da comoção social exercida pela grande mídia, podem intervir na formação da convicção dos magistrados, desencadeando graves incongruências hermenêuticas interpretativas.

Michael Lima de Jesus, Carolina Viegas Cavalcante e Leandra Iriane Mattos, apresentaram o trabalho “COSMOVISÃO E CONSENSO: UMA ANÁLISE DO DISCURSO EVANGÉLICO PARLAMENTAR ANTE O CONSENSO SOBREPOSTO DE RAWLS”, que tem o intuito de demonstrar o papel do consenso sobreposto na filosofia política de John Rawls, no contexto de um pluralismo razoável, em face postura da Frente Evangélica do Congresso Nacional. O estudo analisa a possibilidade de um consenso político-jurídico entre correntes políticas liberais e progressistas, com o conservadorismo evangélico.

“DIREITO AFETIVO E O FUTURÍVEL ECOLÓGICO EXPOSTO POR LUIS ALBERTO WARAT”, foi o trabalho demonstrado por suas autoras, Angelica Cerdotes e Marcia Andrea Bühring. A pesquisa teve como objetivo, realizar uma reflexão acerca do do conceito de futurível ecológico, de Warat, em junção com a ética do cuidado, ambos voltados para a preservação do meio ambiente, enquanto compromisso de solidariedade com o futuro.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Florestan Rodrigo do Prado, Valter Foletto Santin e Diogo Ramos Cerbelera Neto, são os autores do trabalho, “JUSTIÇA EM LÉVINAS, PENSANDO O ESTADO E O DIREITO NA ÉTICA DA FILOSOFIA DA ALTERIDADE”, que possui o propósito de estudar as categorias desenvolvidas pelo pensador francês, Emmanuel Lévinas, nas quais, os conceitos e as principais características dos termos Alteridade, Eu, Outro, Rosto e Infinito foram objetos de abordagem sistemática visando a compreensão de sua teoria para o estudo das instituições da Justiça, de Estado e de Direito.

O professor Ronaldo da Costa Formiga, apresentou o trabalho sobre a temática “MARXISMO E FORMA JURÍDICA: DIALÉTICA MATERIALISTA E A RELATIVIDADE HISTÓRICA DO DIREITO”, onde propõe um diálogo acerca dos princípios do materialismo histórico-dialético e o papel do Direito na formulação e manutenção das formas de existência social. Esclarece, dentro do pensamento de Karl Marx, como a estrutura sociológica se estabelece e faz uma contraposição entre o Direito Histórico e o Direito Positivo para definir, a especificidade do primeiro e sua relação com as demandas sociais.

“NOTAS SOBRE O HISTÓRICO DA DECISÃO JUDICIAL: DO MÉTODO À RESPOSTA CORRETA” de autoria de Cristiano Becker Isaia e Higor Lameira Gasparetto, tem por pressuposto, realizar um estudo histórico das teorias da decisão judicial, verificando as principais contribuições de cada corrente em seu momento histórico e a sua relação com o método, culminando com um estudo sobre as condições de possibilidade para se falar em respostas corretas no direito brasileiro.

Claudia Valim Rossi e Marcus Geandré Nakano Ramiro, apresentaram o trabalho com o tema “O DIREITO À INTEGRIDADE CULTURAL: REFLEXÕES À LUZ DA AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE”, em que analisam, dentre vários aspectos, a possibilidade de compreender o direito à identidade cultural dentro dos direitos da personalidade, a possibilidade de sua proteção integrada aos direitos fundamentais e humanos e a forma como o tema é abordado pela UNESCO.

“O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E O IMPACTO UTILITÁRIO EM DEMANDAS JUDICIAIS”, é o tema da pesquisa de Caroline Lima Ferraz e Bruno Fonseca Gurão, cujo intuito de estudar o utilitarismo definido pelo filósofo britânico Jeremy Bentham, que afirmava que cada objeto é definido por sua capacidade de produzir prazer ou felicidade, e de evitar a dor e o infortúnio. Como resultado, foi verificado que a constante busca de maximizar o bem-estar da sociedade ainda tem aplicação no direito atual.

Priscila e Silva Biandaro e Cesar Bisol, desenvolveram um trabalho acerca do “PLURALISMO JURÍDICO: UM OLHAR SOBRE A ESTRUTURA PLURALISTA IDEAL”. A referida pesquisa infere-se sobre o pluralismo jurídico. A discussão fundamenta-se nas teorias de Victor Muñoz-Fraticelli, que propõe uma estrutura ideal para a argumentação pluralista aplicada a diferentes domínios da razão prática. O estudo estabelece um elo com a pesquisa de Gunther, que investiga o pluralismo jurídico normativo, ressaltando a relevância do pluralismo em múltiplos campos.

Grazielly Alessandra Baggenstoss, apresentou o artigo, “QUAL É A EPISTEMOLOGIA DO DIREITO? REFLEXÕES A PARTIR DAS VIRADAS EPISTEMOLÓGICA E LINGUÍSTICA”, que busca apresentar novos paradigmas, novos direitos, demonstrando que para muitos casos, o ordenamento jurídico brasileiro se mostra insuficiente para solucionar. Do campo das epistemologias humanas e sociais, este estudo consiste na tentativa de revisitar as bases epistemológicas do Direito, em sua linguagem central, localizando-o no campo da filosofia jurídica e da linguagem.

Finalmente, o trabalho “UMA ANÁLISE DA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DO CASO DANIEL SILVEIRA”, dos autores, Felipe Frota Barroso Furtado e Renata Albuquerque Lima, apresentado pelo primeiro, tem como propósito analisar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em face do ex-deputado, Daniel Silveira, e se a referida interpretação dada pela Corte Maior está de acordo com os métodos próprios da ciência jurídica.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

## **NOTAS SOBRE O HISTÓRICO DA DECISÃO JUDICIAL: DO MÉTODO À RESPOSTA CORRETA**

### **NOTES ABOUT THE HISTORY OF THE JUDICIAL DECISION: FROM THE METHOD TO THE CORRECT ANSWER**

**Cristiano Becker Isaia  
Higor Lameira Gasparetto**

#### **Resumo**

A forma de construção da decisão judicial é temática que há muito tempo está na pauta da Teoria do Direito, que se debruça em estudar os diversos métodos eleitos no processo decisório, afetando a concretização do direito e o nível de atuação positiva ou negativa do julgador. A partir dessas premissas, este trabalho tem por objetivo central traçar um breve histórico das teorias da decisão judicial, verificando as principais contribuições de cada corrente em seu momento histórico e a sua relação com o método, culminando com um estudo sobre as condições de possibilidade para se falar em respostas corretas (e constitucionais) no direito brasileiro. Considerando os objetivos acima expostos, esta investigação pretende responder ao seguinte: em que medida o “método” foi utilizado como ferramenta de construção da decisão judicial e qual sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro atual? Para tanto, no que toca a metodologia do estudo, utiliza-se da abordagem fenomenológico-hermenêutica, como instrumento de negação do método tradicionalmente concebido, permitindo uma imersão crítico-reflexiva nos tópicos explorados, lastreada nas obras de Martin Heidegger (2015) e Hans Georg-Gadamer (2015). Em termos procedimentais, utiliza-se o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Ademais, como teoria de base, adota-se a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. O trabalho estrutura-se em dois capítulos e, ao final, conclui-se que todas as escolas hermenêuticas, com suas diferentes teorias da decidibilidade, filiaram-se a algum “método” específico. Por outro lado, o “modelo” adotado pelo sistema jurídico brasileiro não comporta métodos para se decidir.

**Palavras-chave:** Hermenêutica jurídica, Decisão judicial, Método, Resposta correta, Teoria do direito

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The way judicial decisions are constructed is a subject that has long been on the agenda of Legal Theory, which focuses on studying the various methods chosen in the decision-making process, affecting the realization of the law and the performance of the judge. Based on these premises, this work aims to trace a brief history of theories of judicial decidability, examining the main contributions of each current in its historical moment and its relationship with the method, culminating in a study of the conditions of possibility for talking about

correct (and constitutional) answers in Brazilian law. Considering the above objectives, this investigation intends to answer the following: to what extent was the "method" used as a tool for constructing judicial decisions, and what is its applicability in the current Brazilian legal system? To this end, in terms of the methodology, a phenomenological-hermeneutic approach is used as a tool for the denial of the traditionally conceived method, allowing a critical-reflexive immersion in the explored topics, based on the works of Martin Heidegger (2015) and Hans Georg-Gadamer (2015). Procedurally, the monographic procedure and the bibliographic research technique are used. Furthermore, as a base theory, Lenio Streck's Hermeneutic Critique of Law is adopted. The work is structured into two chapters, and in the end, it is concluded that all hermeneutical schools, with their different theories of decidability, have affiliated themselves with some specific "method." On the other hand, the "model" adopted by the Brazilian legal system does not accommodate methods for making decisions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal hermeneutics, Judicial decision, Method, Right answer, Theory of law

## 1 INTRODUÇÃO

A construção da decisão judicial é temática que há muito tempo está na pauta da Teoria do Direito. A “forma” como se constrói a decisão, ou, ainda, o “método” eleito no processo decisório afeta sobremaneira a concretização do direito e o nível de atuação positiva ou negativa da jurisdição estatal. Para compreender adequadamente os limites do ato decisório jurisdicional, bem como os meios utilizados para tanto é preciso retornar ao passado e desenhar, ainda que brevemente, o histórico da decidibilidade.

Veja-se que, exemplificadamente, a escola da exegese, surgida no pós-revolução francesa, teve por desiderato a mera reprodução da lei, aliada ao método da subsunção (do fato à norma). Posteriormente, a jurisprudência dos conceitos conferiu certo protagonismo aos doutrinadores, ainda que a lei fosse sobrelevada como expressão máxima do legislador. Em sequência, os pragmatistas e realistas norte-americanos entendiam que os juízes tinham maior poder, estando autorizados inclusive a “criar” direitos quando entendessem haver injustiça no caso concreto. Para essa corrente, a mera reprodução de textos legais era insuficiente ante às diferentes peculiaridades que os casos reais trazem consigo.

Considerando a relevância da compreensão da historicidade da decisão judicial também no Brasil, levando-se em conta, ainda, a Constituição da República de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015, o presente trabalho tem por objetivo traçar um breve histórico das teorias da decidibilidade judicial, verificando as principais contribuições de cada corrente em seu momento histórico e sua relação com o método, culminando na investigação sobre as condições de possibilidade para se falar em respostas corretas (e constitucionais) no direito brasileiro.

Em razão dos objetivos acima expostos esta investigação pretende responder ao seguinte problema: em que medida o método foi utilizado como ferramenta de construção da decisão judicial e qual sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro atual?

Para tanto, no que toca a metodologia do estudo, utiliza-se da abordagem fenomenológico-hermenêutica como instrumento de negação do método tradicionalmente concebido, permitindo uma imersão crítico-reflexiva nos tópicos explorados, lastreada nas obras de Martin Heidegger (2015) e Hans George-Gadamer (2015). Em termos procedimentais, utiliza-se o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Ademais, como teoria de base, adota-se a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck.

A partir dessa configuração metodológica, o trabalho se divide em dois capítulos. No primeiro, é traçada uma linha histórica das principais escolas hermenêuticas, expondo alguns

dos seus principais pontos e abordando a questão do “método” em cada uma delas. No segundo, o estudo se concentra no estudo da teoria da resposta correta (constitucionalmente adequada), partindo da premissa de que essa teoria foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo o arcabouço teórico para o processo decisório judicial.

## 2 O “MÉTODO” E A SUA RELEVÂNCIA PARA AS ESCOLAS HERMENÊUTICAS

A discussão acerca da aplicação do método no âmbito da filosofia (ainda) é muito presente no século XXI, podendo, inclusive, ser considerada um dos pontos centrais de divergências dos seus estudos. No direito, compreendido sob a perspectiva de uma filosofia *no* processo, o problema também está posto e precisa, pois, ser igualmente discutido.

Martin Heidegger (2003, p. 47) conceitua o método como “o caminho pelo qual sigo uma coisa”. De modo um pouco mais aprofundado, Rafael Tomaz de Oliveira (2013, p. 157-158) expõe que, na quadra histórica da modernidade filosófica, a matriz de Descartes foi responsável por alterar “de forma radical o conceito de método de modo que, a partir de então, método remete à ideia de certeza e segurança do conhecimento que se obtém através do emprego de certas estratégias de pensamento” e que, para o mesmo autor, essa ótica cartesiana acerca do método traz consigo uma “crença difusa de que, se respeitadas determinadas formas de organização do pensamento, o conhecido obtido através dessas fórmulas é certo e indiscutível” (OLIVEIRA, 2013, p. 158).

A relação entre método e direito, por sua vez, levou à construção da metodologia jurídica. Nas palavras de Oliveira (2013, p. 159), ela pode ser classificada como “um discurso sobre o método jurídico, ou ainda, em uma teoria sobre o método jurídico a ser utilizado para solucionar os casos judiciais tendo por base a interpretação de textos que compõem a base normativa de uma determinada ordem jurídica”. Com efeito:

Tradicionalmente, tende-se a tratar o problema do método jurídico colado à questão da interpretação e às regras daquilo que se chama de hermenêutica jurídica. Nestes casos, a metodologia representaria uma série de estratégias utilizadas pelo intérprete do direito para atingir a correta significação do texto legal que possui como fiadores ora a vontade da lei, ora a vontade do legislador. Nesse momento, é importante colocar corretamente a questão da metodologia jurídica e o ambiente discursivo que lhe é correspondente (OLIVEIRA, 2013, p. 159-160).

Na metodologia jurídica destacam-se duas correntes de pensamento. Construídas sob perspectivas diametralmente opostas - o que se justifica pelo fato de que, em sua edificação, os seus primeiros movimentos surgiram em realidades diversas -, ambas foram decisivas em algum momento da história do direito.

A primeira surge em virtude do movimento iluminista, que sobrelevou a razão do homem à única condição de possibilidade para conhecer o mundo. Essa visão antropocêntrica e racional proporcionada pelo Iluminismo, por sua vez, levou à derrocada do jusnaturalismo moderno e, com isso, a ascensão do período de codificações (responsável pelo surgimento do Código Civil Francês em 1804 e pelo Código Civil Alemão (BGB) em 1900). Imersos nessa proposta é que surgem a jurisprudência dos conceitos alemã e a escola da exegese francesa.

A segunda assume uma postura mais sociológica quanto ao pensamento metodológico. Fulcrada no ideal de ciência positiva que, ainda que iniciado com Auguste Comte, tenha seu pleno desenvolvimento por volta da segunda metade do século XIX, esse pensamento traz à tona as escolas do realismo jurídico, jurisprudência dos interesses e também do movimento do direito livre. Não obstante, na quadra histórica da primeira metade do século XX (pós-guerra) surge uma corrente denominada jurisprudência dos valores.

Cada escola hermenêutica caracterizou-se por uma carga valorativa, modo e “método” peculiar de interpretação e aplicação. Nesse ponto, Mazotti (2010, p. 18) leciona que a hermenêutica surge no âmbito da Igreja Católica Medieval, visando a interpretação dos textos bíblicos. Com o avançar da história, ela é incorporada à outras disciplinas, como o direito, e diversos autores passaram a debater a correta forma de interpretação e aplicação da lei, surgindo as escolas da hermenêutica jurídica.

Assim, com o amadurecimento dessas escolas, a forma de construção da decisão judicial ganhou destaque. Em razão disso, ainda que determinada corrente hermenêutica esteja mais alinhada ao positivismo normativista ou a um pós-positivismo, lastreado na sociologia e no pragmatismo, a forma como construir a decisão é variável e foi se moldando de acordo com o contexto histórico de cada uma delas. Daí a importância em revisitar as diversas correntes da hermenêutica jurídica, seguindo a ordem cronológica de suas instituições (a partir da modernidade), para verificar de que maneira cada uma delas contribuiu para a construção da decisão judicial<sup>1</sup>.

## **2.1 Escola da Exegese na França**

---

<sup>1</sup> Registra-se que o escopo dessa investigação é a decisão judicial a partir das contribuições das escolas hermenêuticas. Não se pretende, assim, esgotar o tema, tampouco apresentar todas as inúmeras variáveis dentro de cada uma das escolas hermenêuticas. O que se pretende é verificar como a forma de construir a judicial se modificou no tempo a partir da Era Moderna.

A Escola da Exegese foi desenhada sob o pano de fundo da França do século XVIII. A Revolução Francesa de 1789 e, principalmente, o Golpe do 18 de Brumário em 1799, foram eventos responsáveis pela instituição de uma realidade absolutamente novel no país. Na esfera social, econômica, política e jurídica, a Era Napoleônica foi sinônimo de mudança. Nessa nova realidade, onde emergia um Estado liberal de direito em detrimento do modelo absolutista que vigera até então, desenhou-se a necessidade de instaurar um novo paradigma no direito com a finalidade de superar, de uma vez por todas, o jusnaturalismo.

É em tal terreno que o florescimento do período de codificações iria vingar. Ante a derrocada de um Estado caracterizado pela centralização de poder nas mãos do rei e a conseqüente desconfiança com a qual a burguesia enxergava a magistratura, justamente pelo longo período de abusos praticados em virtude do poder ilimitado exercido, surge a necessidade de se (re)discutir a forma de atuação do judiciário. Sob essa ótica nasce o *Code Civil*, em 1804, ideologicamente inserido na ideologia napoleônica e, por isso, com muitos traços imperialistas. A matriz metodológica que surge, pois, tende a se apresentar como um

Comando de respeitabilidade que existe entre o texto e o intérprete (no caso, os juízes): este deveria ater-se, rigorosamente, aos dizeres contidos na compilação. Era necessário manter fidelidade aos artigos dos códigos. Nenhum tipo de complementação judicial era admitida, havendo, portanto, uma total equiparação entre código e direito. Em outras palavras, para conhecer o direito francês, bastava ler os códigos de leis (estatutos). A aplicação desses conteúdos dava-se a partir de uma simples operação silogística: conhecedores daquilo que está estatuído nos códigos, os juízes simplesmente os aplicam (enquanto premissa maior) ao caso que lhes é narrado (premissa menor). Do confronto entre caso (fato) e código (direito), nasce a decisão, que nada mais faz do que reproduzir o sentido normativo já contido na codificação (OLIVEIRA, 2013, p. 163).

É claro que a aposta na literalidade do texto da lei para a solução de conflitos advém das matrizes racionalistas vigentes à época. A busca por certeza, verdade e segurança nas ciências influenciou diretamente a jurisdição processual do período, fazendo crer que somente a aplicação literal do direito codificado poderia garanti-las. Direito este que, na Escola Exegética francesa, era posto pelo legislador. Para Oliveira (2013, p. 164), “o elemento racionalista, que oferece colorido filosófico à escola da exegese, apresenta-se no caráter sistemático assumido pela codificação.”

Na mesma linha, Tovar (2018, p. 67-68) explica que o método que influenciava a escola exegética era o “eminente racional, de caráter puramente dogmático, lastreado na apreciação exegética dos textos legislativos legais.” Surge então a figura do positivismo primevo ou, como a escola sugere, positivismo exegético. Nele, a resposta para os casos levados até o judiciário seria “encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos” (STRECK, 2013, p. 36). Sob essa

moldura é que surge a figura do juiz como *la bouche de la loi*, assim alcunhado pela função meramente reprodutiva da lei. Até porque, texto era igual a normal, não existindo diferença.

## 2.2 Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha

Preliminarmente, é relevante situar em termos conceituais o que é jurisprudência:

Contemporaneamente, o termo ‘jurisprudência’ designa genericamente o conjunto das decisões autoritativas ou precedentes judiciais dentro de um sistema legal determinado. No século XIX, porém, ‘jurisprudência’ significava, especialmente na Alemanha, o estudo dos elementos fundantes e constitutivos de um dado sistema legal, enquanto a totalidade do conhecimento jurídico. O conhecimento ou ciência do Direito se orientava prevalentemente pelo enunciado legal e não pelas decisões proferidas. É neste contexto que se constituiu a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) como esforço de formatação científica do Direito. (CURY; MARÇAL, 2009, p. 7136)

O ápice das ideias da Escola Histórica é alcançado com o formalismo conceitual da Jurisprudência dos Conceitos. É sob ele que se desenvolverá o Código Civil Alemão (*BGB - Bürgerliches Gesetzbuch*), no ano de 1900. Tanto a Escola da Exegese francesa quanto a Jurisprudência dos Conceitos alemã são propostas metodológicas, no âmbito do direito, que têm como escopo central o legalismo. Suas semelhanças, entretanto, parecem esgotar-se aqui.

Ainda que se pense em um ideal de legalismo como fator generalizador das duas matrizes, existem notas distintas entre uma e outra. Para Streck (2013, p. 36), é possível apontar, nesse sentido, que “ao positivismo francês, [...] predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos.” Na metodologia da Jurisprudência dos Conceitos, diferentemente da Escola Exegética, a diretriz para solucionar as questões judiciais estava “sempre assentada na estrutura sistemática da legislação (do BGB, no caso).

Não há margem de criação para os juízes: sua tarefa é simplesmente um ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código” (OLIVEIRA, 2013, p. 172). Com esse modelo, “diferentemente da França - em que a codificação teve lugar e foi legitimada pelo poder legislativo - na Alemanha a codificação é fruto de um decantado processo acadêmico de apuração conceitual” (OLIVEIRA, 2013, p. 165). Significa dizer que, enquanto na França é sobrelevada a figura do legislador, na Alemanha prestigia-se a figura do doutrinador, ou, como também é denominado, do erudito. Nesse sentido,

[...] o trabalho intelectual dos juristas devia consistir sobretudo na construção de um sistema de conceitos jurídicos. Mas não se tratava de conceitos obtidos pela reflexão puramente abstrata, como no jusracionalismo. Tratava-se antes de conceitos obtidos por indução a partir das máximas do direito positivo (CELLA, 2010, p. 5488).

No viés de Oliveira (2013, p. 165-166), “na medida em que a figura do erudito passa a ser realçada, a reconstrução dos aspectos metodológicos de uma determinada escola passa a reivindicar a indicação dos autores (doutrinadores) que capitanearam cada uma das correntes teóricas”. Na perspectiva, destacam-se os nomes de Puchta, Ihering e Savigny. A Jurisprudência dos Conceitos é o primeiro movimento a dispor o direito enquanto elemento advindo de uma fonte dogmática. Suas características mais marcantes são a solução dos casos levados ao judiciário com base na lei escrita, a sistematização (e, portanto, o formalismo) e a ideia de justificar a norma mais específica com base na norma mais geral.

### **2.3 Movimento do Direito Livre**

O movimento do Direito Livre surge no início do século XX e tem por escopo se distanciar do método lógico exegético que vigorava. Oliveira (2013, p. 175) refere que Ihering é um autor importante no propósito de libertação do direito, embora tenha sido internacionalizado, tendo como referência obras relevantes na Alemanha (Hermann Kantorowicz - (1906, *A Luta pela Ciência do Direito*), na França (François Geny) e Estados Unidos (Cardoso, Holmes e Pound).

O objetivo central dessa proposta metodológica residiu em garantir a justiça por meio da magistratura; ainda que, para isso, os juízes precisassem decidir em desconformidade com a lei. Nas mãos do julgador, “a lei variava segundo a classe, a mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição” (MAXIMILIANO, 2005, p. 83). Nesse contexto, Oliveira (2013, p. 175) alerta que a ideia de libertação do direito, para essa escola, é específica a um ponto: a libertação científica do direito do método predominante no formalismo conceitual exegético. Assim, para os teóricos dessa escola, o juiz estava autorizado a criar elementos normativos, quando os existentes fossem insuficientes ao deslinde dos casos concretos.

O autor aduz que para Kantorowicz, em um determinado momento, os juízes poderiam inclusive decidir contra a lei posta, em casos excepcionais. Isso porque Kantarowicz reconhece a existência de duas matrizes jurídicas: o direito estatal e o direito livre. Ou ainda, de acordo com Mazotti (2010, p. 80), “ao mesmo tempo em que sustenta a imperfeição do Direito estatal, Kantorowicz reconhece a existência de um outro Direto, aquele que resolveu chamar de *Direito Livre (Freies Rechts)*”. Daí se falar em direito livre, pois livre das amarras conceituais e metodológicas que vinculavam a decisão judicial à lei posta, restringindo a interpretação dos

juízes. E, como aponta Mazotti (2010, p. 82), a relevância dessa corrente está em “pregar a liberdade do julgador em proferir uma decisão com base em sua própria consciência”.

Outro autor que contribui para o direito livre é Eugen Ehrlich, que defende a existência de um direito vivo, que se constitui no seio da sociedade, em paralelo ao direito estatal positivo. Para Ehrlich, “a legislação não alcança a regulamentação de todo o universo de condutas e fatos sociais e, acima de tudo, pode não corresponder às necessidades verificadas na *praxis* em contraposição às elucubrações políticas de parlamentares” (MAZOTTI, 2010, p. 85). Na perspectiva de Larenz (1997, p. 78), “cada decisão judicial não se tratava apenas da aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de direito.” Logo, se verifica um efetivo distanciamento entre o movimento do direito livre e a exegese, que consistia essencialmente nos poderes do magistrado enquanto aplicador do direito que, fundado no ideal de justiça, permite a livre atuação do juiz.

Assim, em síntese, em contraponto à exegese francesa, “o mito do legislador perde toda a sua força para ser substituído pelo fetiche do juiz justo [...] que buscará aplicar a lei sempre pautando-se pelos ditames da ética, da moral e dos anseios sociais” (MAZOTTI, 2010, p. 85). O protagonismo é do juiz e não mais do legislador. Esse é o mote da escola do direito livre.

## **2.4 Jurisprudência dos Interesses**

A jurisprudência dos interesses possui como norte a ideia de contraponto aos atos desenfreados dos magistrados, com um objetivo claro de frear abusos e discricionariedades oriundos dos movimentos sociológicos do direito e da escola do direito livre. O que importa para a jurisprudência dos interesses são os motivos e interesses históricos, sociais e políticos que levaram o legislador a criar a lei. Oliveira (2013, p. 173) ensina que o grande nome da jurisprudência dos interesses é Philipp Heck, chamado de líder da Escola de Tübingen, e que pode ser considerado um autor moderado da ala do direito livre. Aquele autor via com ressalva a possibilidade de decisões contra a lei, como defendia a escola do direito livre.

Desta forma, como a lei (BGB de 1900) nem sempre regulava as demandas concretas da sociedade, Heck desenvolveu um método visando compor os interesses em conflito, que consistia em realizar “um estudo sociológico da gênese dos interesses que levaram o legislador a criar a lei” (OLIVEIRA, 2013, p. 177), pois só assim se poderia suprir as lacunas da própria lei. Este método, diferente da dedução lógica conceitual, valia-se da ponderação. Para Heck, “toda norma jurídica representa uma tentativa de conciliar, segundo um princípio de ponderação

(*Abwägung*) os interesses opostos que, sociologicamente, aparecem na base dessa mesma norma” (OLIVEIRA, 2013, p. 177).

Com efeito, para a jurisprudência dos interesses, ainda que o juiz possa, de alguma forma, criar elementos normativos quando da interpretação, “sua capacidade de criar normas em casos de vácuos jurídicos deve ser efetuada em auxílio ao legislador devendo conformidade a todo o sistema” (SOUZA, 2010, p. 91). Logo, para interpretar a norma o juiz deveria buscar na “vontade do legislador”, quando da criação da lei, os motivos (interesses) determinantes de sua escolha, obedecendo-se as finalidades pelas quais a regra haveria sido editada.

## 2.5 Realismo Jurídico Norte-Americano

O realismo jurídico norte-americano é uma corrente teórica nascida principalmente das contribuições dos professores nas Universidades Johns Hopkins, Columbia e Yale, tendo se desenvolvido no período entreguerras. Godoy (2012) refere que o realismo jurídico se aproxima dos grandes movimentos do Século XX, voltando-se para uma pragmática em confronto com métodos ou modelos dedutivos ou indutivos, ou seja, é uma crítica à exegese e a mera reprodução de textos legais.

Nessa linha, Ferreira (2013, p. 7) leciona que a crítica realista se debruça na “fé no método do caso desenvolvido por Christopher Columbus Langdell em Harvard em 1870”, tanto no que toca ao ensino do direito como a teoria do direito. Para esse método do estudo ao caso, de Langdell, o foco do ensino esteve nos casos práticos à luz do conjunto de regras e princípios, e não a leitura dos compêndios de leis. Logo, a partir do exame do caso à luz da legislação se chegaria a um resultado lógico, num processo dedutivo.

Percebe-se nos textos dos realistas que o formalismo convencional, baseado na concepção de resultado lógico a partir da natureza de dada categoria, migrou para justificativa do direito a partir do conhecimento das condições sociais junto às quais se aplica a lei, na busca de política social supostamente aceita como resultado desejado (GODOY, 2012).

Nesse sentido, para o realismo jurídico importou a substância material dos casos concretos, aquilo que deveria ocorrer em termos pragmáticos. Ferreira (2013) aponta que o realismo jurídico possui duas facetas: ele foi uma teoria do ensino jurídico e uma teoria do direito, nascido nas décadas de 1920 e 1930. Segundo esse autor, os principais teóricos pré-realistas são Arthur Corbin, Joseph Bingham e principalmente Wesley N. Hohfeld, os quais formaram as bases do realismo, dando contribuições às teorias de Walter Wheeler Cook e Karl N. Llewellyn, principais teóricos realistas.

Resumidamente, Ferreira (2013) aduz que Hohfeld contribuiu com um artigo produzido em 1914, onde defendia a reforma no ensino jurídico. O autor menciona a obra de Joseph Bingham, publicada em 1912, como sendo o primeiro texto com características essencialmente realistas. Nesse artigo, Bingham sustenta que se deveria dar a devida atenção aos elementos externos que influenciam a seara jurídica. Não é possível, para aquele autor, focar estritamente no conjunto de regras e princípios como algo abstrato, mas sim observar esse conjunto a partir de seus reflexos práticos no mundo real. Ainda, segundo aquele autor, o lado concreto do direito é que deve ser levado em conta, de modo que o estudo do jurista deve considerar as consequências externas de uma decisão judicial, sendo as “regras e princípios apenas ferramentas mentais utilizadas para clarificarem, carregarem e comunicarem o conhecimento jurídico acumulado” (FERREIRA, 2013, p. 12).

Outro teórico é explorado por Ferreira (2013) na linha do tempo pré-realista. Trata-se de Corbin, que em sua obra defende que o juiz é a lei. Segundo Corbin o “magistrado seria o real elaborador da lei e, portanto, a figura mais importante dentro da sociedade com relação ao direito posto”. Assim, o juiz possuía uma posição de vantagem sobre as pessoas, de modo que a regra que ele declarava seria obrigatoriamente obedecida, ao menos por um indivíduo (FERREIRA, 2013, p.13).

A partir das bases fornecidas por esses juristas, outros autores desenvolveram esse pensamento, trazendo a pragmática e os elementos externos ao direito para as suas teorias. De início, Ferreira menciona a contribuição de Cook, que se dedicou a tentar promover reformas no ensino jurídico norte-americano. Para aquele autor, explica Ferreira (2013), o direito deve ser observado e estudado a partir do comportamento dos juízes, observando o seu passado e presente para, assim, poder prever o futuro. O autor norte-americano também era contrário ao uso mecânico de regras e princípios (FERREIRA, 2013, p. 22-23).

Ferreira (2013) ainda leciona a respeito do principal autor do realismo jurídico norte-americano, na sua visão. Trata-se de Karl Llewellyn, com sua obra de 1930. A crítica inicial desse autor repousa no ensino jurídico, que estaria preso a um método tradicional e defasado, desconectado da realidade social e econômica da época. Nesse sentido, verifica-se que para aquele autor uma mudança no ensino jurídico se entrelaçava com o movimento realista e o que ele defendia. O direito não poderia ficar adstrito a uma lógica forma convencionalizada, lastreada no dedutivismo, porque a realidade social era diferente e não comportava esse tipo de método.

Logo, verifica-se uma diferença em termos de fundamentação da decisão para os realistas. Enquanto na corrente tradicional o juiz decidia o caso lastreado no sistema de regras

e princípios, para os realistas a decisão deveria se construir a partir dos fatos e da sua (do juiz) experiência sobre aquele tema, num enfoque pragmático. Dessa forma, nota-se uma inclinação para a subjetividade no realismo norte-americano, uma vez que o juiz seria o criador da lei e a expressão máxima dela, não se submetendo ao sistema de regras e princípios previsto pelo legislador.

Ferreira (2013) ainda aponta que a derrocada do realismo se deu na iminência dos regimes totalitários que ensejaram a Segunda Guerra Mundial. Isso porque os conservadores da época não toleraram qualquer movimento acadêmico que colocasse em xeque os ideais democráticos e republicanos, o que o realismo fomentou. Assim, embora o realismo jurídico não tenha se firmado enquanto teoria do direito, para Ferreira (2013) ele produziu importantes resultados no âmbito do ensino jurídico.

## 2.6 Jurisprudência dos Valores

Seguindo a ideia de que cada movimento surgiu em virtude de uma perspectiva histórica e/ou social que lhe foi determinante, a jurisprudência de valores foi construída sob o lapso temporal do segundo pós-guerra na Alemanha. Para Streck (2013, p. 10), a jurisprudência dos valores “serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949.” Isso porque, nos primeiros anos de vigência da lei fundamental alemã, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) empenhou-se ferrenhamente na tentativa de legitimar a mesma, tendo em vista que sua constituição não teve um cariz propriamente democrático.

Daí a afirmação de um jus distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. **A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura”** de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista. Nesse sentido, não podemos esquecer que a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus interventivo* do tribunal alemão. Releva anotar, entretanto, que a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós guerra, um papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, Espanha e Brasil (STRECK, 2013, p. 10). (grifo nosso)

A jurisprudência dos valores não inovou, necessariamente. Seus ideais rumaram a representar um segmento da jurisprudência dos interesses. Todavia, ainda que se aproximem, alguns pontos são determinantes para suas divergências metodológicas. A principal delas, para Oliveira (2013, p. 178), reside no fato de que

[...] a jurisprudência dos interesses possui um acentuado corte sociológico (da identificação dos interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que a jurisprudência dos valores é revestida de uma colorido filosófico: auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação.

No âmbito específico da jurisdição brasileira, a jurisprudência dos valores deixou sua marca. A captura dos seus ideais é resultado de uma errônea percepção do que, de fato, foi tal proposta metodológica. No país, a jurisprudência dos valores se manifestou principalmente na “tendência contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos” (STRECK, 2013, p. 10). O ativismo judicial, “importado” do sistema norte-americano, demonstra que existe um fundamento racional solipsista na sua constituição.

Agora, elaborado esse rápido esboço histórico, é possível penetrar na teoria do direito de Ronald Dworkin e sua resposta correta, questionando de que maneira se pode falar em respostas corretas (constitucionais) no Brasil, confrontando seus elementos com aqueles delineados pelas escolas acima destacadas.

### **3 A TESE DA RESPOSTA DIANTE E O ROMPANTE AO MÉTODO DECISÓRIO TRADICIONAL**

A tese da resposta correta encontra fundamento na Teoria do Direito de Ronald Dworkin. Para o autor norte-americano (2010) o juiz, quando instado a decidir um caso difícil (*hard case*), caracterizado pela ausência de legislação positiva específica a fornecer resposta pelo método subsuntivo, deveria encontrar o direito no caso concreto a partir dos postulados da integridade e coerência.

Segundo Dworkin, o direito como integridade (*integrity*), como prática social argumentativa, irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no, porquanto seu fundamento está na fidelidade à história política da comunidade. Os juízes devem atuar para fortalecer a *integrity*, a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, onde “*as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça e equidade*” (1999, p. 271-272).

Ademais, sem desprezar os ideais de equidade (*fairness*) e justiça (*justice*), Dworkin advoga por uma atuação estatal coerente com princípios jurídicos, especialmente os constitucionais. Negará que as manifestações do direito sejam meros relatos pretéritos (tese

convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque o lugar interpretativo oriundo da tese dworkiniana se manifesta em simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro.

Em outras palavras, o juiz não estaria autorizado a usar da discricionariedade e escolher o direito, como defendiam os positivistas Kelsen e Hart, tampouco criar direitos, tal como pregavam os realistas. Com efeito, a construção da decisão judicial em Dworkin é um ato complexo e dinâmico, onde não há espaço para o livre pensamento do julgador.

Veja-se que, para Motta (2021, p. 141), a integridade *dworkiniana* “supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”. Assim, complementa o autor que “a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas” (2021, p. 141).

A noção de integridade e coerência decisórias justifica uma cadeia estável de decisões onde o juiz, ao decidir, deve observar aquilo que já foi decidido anteriormente por outros juízes e confrontar os fundamentos lá utilizados com o que está agora sob seu exame. Nesse sentido, Motta (2021, p. 143) ilustra como Dworkin utiliza da analogia literária para fundamentar a integridade. Com efeito:

Objetivamente, Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica. Para tanto, propõe um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome). O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de um “romancista na corrente”, deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então; nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora.

Para a tese da resposta correta a integridade decisória é uma garantia contra eventuais discricionariedades e arbitrariedades judiciais, justamente porque limitaria a atuação jurisdicional nos casos difíceis. De outra banda, a coerência garante a observância, pelo juiz, do que os outros juízes já decidiram e do que o próprio juiz já decidiu em casos semelhantes. A coerência, enquanto elemento da integridade, está associada à doutrina da responsabilidade política, de modo que cada decisão política tomada só se justifica no universo de uma teoria política que justifique as outras decisões que o intérprete se propõe a tomar (MOTTA, 2009, p. 93).

Uma das conclusões desta pesquisa reside no fato de que a resposta correta dworkiniana pode também ser compreendida sob a lente da hermenêutica filosófica. Isso ocorre, com fundamento em Streck (2017), ao se aproximar os contributos de Dworkin (2010) e Gadamer (2015), de modo que é possível falar-se em resposta correta e constitucionalmente adequada a partir de uma simbiose entre ambas as teorias. Para tanto, é necessário entender de que maneira a hermenêutica filosófica gadameriana se relaciona com a teoria dworkiniana.

Inicialmente, parte-se do pressuposto que a diferença entre texto e norma é ontológica. Segundo Streck (2017, p. 369), não há cisão entre texto e norma, tampouco igualdade. Essa diferença ontológica, alerta o autor, se dá mediante a antecipação do sentido, de modo que “o texto só será compreendido na sua norma e a norma só será compreendida a partir do seu texto” (2017, p. 369). Assim sendo, deve-se entender que o texto (da norma, da lei etc.) é um evento, um fato. Disso resulta que

[...] a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei etc.). Os sentidos são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base dos textos, que devem nos dizer algo. A coisa deve nos dizer (sempre) algo (STRECK, 2017, p. 370).

Neste contexto é que se dá a relevância da pré-compreensão do intérprete (juiz, aplicador etc.). Isso porque a pré-compreensão é algo inerente ao ser (GADAMER, 2015; HEIDEGGER, 2015). O simples estar no mundo traz consigo uma carga de pré-compreensão sobre o que se tem contato, uma vez que para compreender algo é necessário pré-compreensão. Trazendo esse pressuposto para o universo do direito brasileiro, se o intérprete possui uma pré-compreensão baixa ou deficitária do texto constitucional ou dos casos anteriores já apreciados seu exame (a própria aplicação do direito) será deficiente. Leciona Streck que “uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais [...]” (2017, p. 375).

Dito isso, é possível depreender que a integridade do direito a que se refere Dworkin, na leitura de Streck, é elemento ligado à estrutura da pré-compreensão. Se para *compreender-interpretar-aplicar* precisa-se pré-compreender a matéria, a integridade e a coerência integram a pré-compreensão do intérprete a respeito desta determinada matéria. A título exemplificativo, sem a correta pré-compreensão de um “precedente”<sup>2</sup> não será possível a adequada compreensão

---

<sup>2</sup> Para este estudo a expressão “precedentes judiciais” guarda relação ao local em que os juízes de novos casos atribuem novos sentidos ao texto, podendo promover o *distinguishing* e até ampliar ou reduzir o precedente, dependendo dos padrões estabelecidos entre o caso passado e o presente.

do caso concreto (que pode seguir a cadeia de precedentes ou não), de modo que se estará ferindo a integridade do sistema como um todo.

Em resumo, não há método para se chegar à resposta correta, vez que a compreensão prescindir de métodos. Do contrário, alerta Isaia, (2017, p. 258), “o que prepondera é justamente a condição de ser-no-mundo em que se localiza e age o intérprete, o que pressupõe a pré-compreensão do sistema jurídico e do plano fático que se apresenta à jurisdição processual [...]”. A tese resposta correta, segundo Streck (2017, p. 437-438),

[...] é a síntese hermenêutica da *Sache selbst*, em que ocorre a fusão de horizontes (de onde surge algo que antes não havia). É onde se encontram integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto constitucional que representa o locus privilegiado do acontecer da atividade do jurista (plus normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos; por isso, ele não “dispõe” dos sentidos.

O direito brasileiro, ao exigir respostas corretas de seus intérpretes (juízes, desembargadores, ministros), - vide artigos 93, IX, da Constituição da República; 489, §1º, 926 e 927, do Código de Processo Civil - buscou rechaçar discricionariedades e arbitrariedades judiciais, tal como preconizavam a escola do direito livre e dos realistas jurídicos. Tampouco pode se falar em adoção da exegese, porquanto o sistema jurídico é muito mais complexo e conta com uma Constituição dirigente, que confere ao Poder Judiciário a força para implementar e proteger direitos e garantias fundamentais.

O direito brasileiro, inúmeras vezes, buscou importar teorias alienígenas, como a jurisprudência dos valores e o realismo (ativismo) norte-americano. Isso também resultou na retroalimentação da prática ativista judiciária. Na contemporaneidade da práxis jurídica brasileira não há método para se alcançar a decisão judicial, ato complexo que ocorre a partir da fenomenologia hermenêutica.

A decisão judicial, portanto, é construída a partir de uma fenomenologia que ultrapassa respostas subjetivistas (ativismos, próprios do direito livre, do realismo norte-americano, e da jurisprudência dos valores e dos interesses) ou objetivistas (inflexíveis, prontas, dadas, tal como da exegese). A resposta correta é, por conseguinte, fruto da imersão do sujeito intérprete no caso concreto, em respeito à integridade e coerência do sistema (os precedentes, a Constituição, o direito como um todo), presentes na sua pré-compreensão.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As escolas hermenêuticas guardam relação com o período histórico em que foram instituídas, bem o contexto político e social vigente na época. A exegese, por exemplo, nascida no pós-revolução francesa, pregava o método lógico subsuntivo, em que ao magistrado era vedada a interpretação, devendo reproduzir o texto da lei. Isso se deu em razão do efetivo receio do burguês, que acabava de se libertar das arbitrariedades do monarca absoluto.

Em seguida pode-se ver que a jurisprudência dos conceitos alemã seguiu a mesma linha de raciocínio, não permitindo a criação de direitos ou a interpretação da legislação pelo juiz. A solução das questões jurídicas estava assentada na estrutura sistemática da legislação. A diferença desta escola para a exegese francesa é a sobrelevação dos doutrinadores e as noções iniciais de dogmática no direito.

Não obstante, o movimento do direito livre (ou escola livre do direito) veio contrabalancear o formalismo lógico e sistemático das escolas anteriormente citadas, como se verificou. Para esse movimento importava a justiça, o direito no caso concreto. O juiz, portanto, ganhou e ampliou seus poderes, podendo criar novos direitos e decidir inclusive contra a lei, se isso “lhe” aproximasse da justiça do caso. Esse movimento foi internacionalizado e replicado em outros países, como se viu. A radicalização com que era visto o movimento do direito livre fez surgir outra corrente, a jurisprudência dos interesses, como uma espécie de freio ao direito livre. Nesse passo, pode-se notar que a jurisprudência dos interesses voltou-se ao estudo dos motivos sociais, políticos e históricos que levaram o legislador a criar determinada norma.

De outra banda, no início do século XX deu-se início ao realismo norte-americano, que pregava uma reforma no ensino jurídico daquele país e também um novo modo de interpretação e aplicação do direito. Para os realistas, o juiz era o “senhor do caso”, o protagonista que deveria fazer a justiça, podendo decidir inclusive contra a lei. Importava, para essa corrente, a realidade social e política do caso, cujo juiz deveria considerá-los no momento de decidir.

Finalmente, a jurisprudência dos valores alemã, nascida no segundo pós-guerra, também apostava no protagonismo judicial. A noção de justiça era descolada da lei, de modo que em certos casos os juízes deveriam se socorrer dos valores inerentes ao ordenamento jurídico. Nesse ponto, viu-se que há uma aproximação entre a jurisprudência dos valores e a dos interesses. Contudo, enquanto nesta o corte realizado pelo magistrado, ao decidir, se dá em termos sociológicos, naquela se dá em termos filosóficos, justamente no que se refere aos valores que deveria ser observados.

A partir desse apanhado histórico foi possível enfrentar a temática da decisão judicial no Brasil sob a égide da Constituição da República e do Código de Processo Civil de 2015. Sobressai aí a tese resposta correta de Ronald Dworkin, bem como sua integridade e coerência.

A integridade enquanto vetor da tradição jurídica e política do sistema. A coerência, enquanto elemento inserido na integridade, enquanto vetor que garante a observância dos padrões já adotados anteriormente.

Ao se falar em integridade do sistema está se falando da adequada pré-compreensão do intérprete acerca da cadeia de casos pretéritos, bem como da própria Constituição e demais subsistemas jurídicos. Apenas com uma efetiva pré-compreensão é que o sujeito, diante do caso concreto, pode compreendê-lo, considerando sua historicidade e os elementos factuais do caso.

Conclui-se que ao determinar a manutenção da integridade, coerência e estabilidade do sistema jurídico o Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria da resposta correta dworkiniana, que deve ser compreendida através da lente da hermenêutica filosófica. Ao adotar esta teoria, o sistema jurídico brasileiro rechaçou as discricionariedades e arbitrariedades próprias das escolas hermenêuticas acima referenciadas, tal como o direito livre, o realismo jurídico norte-americano e a jurisprudência dos valores, que apostaram na subjetividade do intérprete.

Outrossim, o sistema atual vem rechaçando o objetivismo da exegese e da jurisprudência dos conceitos, posto que não há como o intérprete não interpretar. A interpretação é própria do sujeito, que não pode apenas replicar os dispositivos de forma cega o que, tal qual a discricionariedade, também causa prejuízos à satisfação de direitos. As escolas hermenêuticas, com suas diferentes teorias da decidibilidade, filiaram-se a algum “método” específico. Por outro lado, pode-se concluir que o “modelo” adotado pelo sistema jurídico brasileiro não comporta métodos para se decidir. A interpretação e a construção da decisão judicial é ato complexo e dinâmico, o que guarda ligação com o modo com que o sujeito *está-no-mundo*.

## REFERÊNCIAS

CELLA, José Renato Gaziero. Positivismo Jurídico no século XIX: Relações entre Direito e Moral do *Ancièn Régime* à modernidade. **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**, 2010, p. 5480-5501. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf). Acesso em: 14 abr. 2023.

CURY, Paula Maria Nasser; MARÇAL, Antônio Côta. Uma releitura da Escola da Jurisprudência dos Conceitos à luz do pragmatismo contemporâneo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, p. 7134-7144. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2339.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2339.pdf). Acesso em: 05 mai. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico norte-americano é intrigante. **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**. São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante>. Acesso em: 14 abr. 2023.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 40, p. 6-33, jan/jun 2012. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/163>. Acesso em: 05 maio 2020.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo - Finitude - Solidão**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução: Marcia Sá Cavalcante. 10. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo**. Curitiba: Juruá. 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri: Minha Editora, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação, Mestrado em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronaldo Dworkin e a Decisão Jurídica**. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial**. Tese, Doutorado em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2013.

SOUZA, Ileide Sampaio de. Jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores: características, diferenças, críticas e contributos à teoria dos direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 2, p. 189-197, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/download/2584/1810>. Acesso em: 06 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. Salvador: JusPodivm, 2018.