XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB UMA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CRÍTICA AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

DUTY OF FOUNDATIONS OF JUDGMENTS UNDER A CRITICAL PERSPECTIVE HERMENEUTICS THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE BRAZILIAN

Feliciano Alcides Dias

Resumo

No sistema processual civil contemporâneo, as linhas fundamentais de um Código de Processo Civil devem estar ancoradas num modelo constitucional, que vise à concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição, especialmente, no Estado Democrático de Direito como o brasileiro. Assim, o processo deve ser compreendido como meio de efetiva proteção dos direitos a serem tutelados, cuja codificação também deve ser interpretada a partir das normas constitucionais. Por imperativo constitucional, consagra-se o dever de motivação das decisões judiciais, no entanto, com a apresentação do novo Código de Processo Civil, cinge-se este ensaio na perspectiva de analisar se a exigência desta fundamentação decisória encontra-se em consonância com a hermenêutica crítica da modernidade.

Palavras-chave: Teoria da decisão judicial, Dever de fundamentação, Código de processo civil, Hermenêutica filosófica

Abstract/Resumen/Résumé

In contemporary civil procedure system, the fundamental lines of a Code of Civil Procedure must be anchored in a constitutional model, aimed at the implementation of fundamental rights under the Constitution of civil procedure, especially in a democratic state like Brazil. Thus, the process should be understood as a means of effective protection of the rights to be protected, which encoding should also be interpreted from the constitutional requirements. For constitutional imperative, devotes itself the duty of motivation of judicial decisions, however, with the introduction of the new Code of Civil Procedure, gird up this essay from the perspective of analyzing the requirement that reasoning decisions is in line with the hermeneutic critique of modernity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of judicial decision, Rationale duty, Code of civil procedure, Philosophical hermeneutics

1 INTRODUÇÃO

A fundamentação das decisões judiciais é o ponto fulcral em que se apoia o processo civil no Estado Constitucional e constitui como parâmetro para aferição da motivação de um julgado. Em atenção à possibilidade de fundamentação da sentença receber contornos hermenêuticos com a recente promulgação do novo Código de Processo Civil (NCPC) é que este trabalho se propõe a analisar criticamente, com base na hermenêutica filosófica, o detalhamento nas exigências de fundamentação destas decisões.

A motivação é um parâmetro seguro para que as decisões judiciais sejam consideradas válidas. Deste modo, um processo constitucional democrático além de observar o imperativo constitucional de que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), deve se preocupar em explicitar os critérios a serem observados para que esta tenha validade.

Todavia, alguns aspectos da novel legislação processual merecem ser ressaltados no que tange ao maior grau de organicidade ao sistema processual, dando-lhe mais coesão, em relação as já existentes no Código de Processo Civil de 1973.

Por fim, pretende-se investigar se o novo Código de Processo Civil ainda apresenta evidências de atuação judicial de um juiz solipsista, calcado na filosofia de sua consciência, como um dos parâmetros das decisões judiciais.

Para compreender este desafio, será preciso perpassar por uma nova teoria do direito, a partir de uma teoria da decisão construída através de uma crítica hermenêutica do direito, com o propósito de romper o instrumentalismo processual e, principalmente, a discricionariedade judicial.

2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE

Na visão tradicional do Código de Processo Civil atual, o magistrado era tido como aplicador mecânico de diplomas legais. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o exercício da atividade jurisdicional pelo juiz sofreu grandes mudanças e limitações, especialmente, em face dos princípios e garantias fundamentais consagrados na norma constitucional.

A Constituição, no entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 49), é um texto que regula uma ordem histórica concreta por ser produzido a partir de uma realidade

concreta. Em seu sentido histórico, a Constituição é entendida como "[...] o conjunto de regras (escritas e consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma ordem jurídico-política num determinado sistema político-social".

Assim, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o modelo estatal Democrático de Direito, seguindo uma tendência das constituições modernas[1], incorpora princípios, garantias e um conjunto de normas destinadas a torná-las concretas, ampliando consideravelmente a área de proteção da esfera individual dos cidadãos.

A Constituição é a base de toda ordem jurídica brasileira e o fundamento de validade de todos os atos estatais, por esta razão, os direitos fundamentais são os direitos que – por essa condição - se impõem a todas as entidades públicas e privadas. São chamados fundamentais os direitos que, por expressa positivação constitucional, possuem garantia de efetividade maior do que qualquer outro direito. De forma mais objetiva como leciona Sarlet (2009, p. 143), os direitos fundamentais passaram a se apresentar como conjunto de valores e objetivos básicos e fins diretivos da atuação estatal.

É com esse sentido que a expressão "direitos fundamentais" inaugura o Título II, da Constituição promulgada em 1988, que trata dos direitos individuais, políticos, sociais e econômicos. Mais adiante, em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o texto constitucional assegura no artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".

Nesta seara, cumpre ao Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, além da administração da Justiça, o dever de guardar a Constituição, preservando seus princípios e garantias, sendo, portanto, legítima a intervenção do Poder Judiciário quando este, provocado, vise afastar lesão ou ameaça a direito.

O juiz torna-se o intérprete da Constituição e todo o seu poder decisório emana da norma constitucional. Esse momento de decidir não é mais a oportunidade do juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma decisão a ser devidamente fundamentada.

---

[1] O tradicional constitucionalismo superado pelo "neoconstitucionalismo", ou no entender de STRECK de "novo constitucionalismo" ocorre em três vertentes: 1. por carregar consigo uma nova teoria das fontes, já que a Constituição como auto-aplicativa faz com que a lei não represente mais a única fonte de direito; 2. a substancial alteração da teoria da norma em função da normatividade dos princípios; e, 3. no plano da interpretação por trazer um novo paradigma hermenêutico-interpretativo. As três características caracterizam o novo constitucionalismo que provocou *profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito.* (STRECK, 2005, p. 149).

No direito brasileiro vigente, encontram-se asseguradas garantias fundamentais quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas pela Constituição Federal de 1988, disposto no artigo 93, inciso IX, quando estabelece a regra de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, assim como o inciso X do mesmo dispositivo legal, que determina que todas as decisões administrativas dos tribunais devam ser motivadas.

Por esse viés, a função do magistrado está atrelada ao dever de fundamentar a sua decisão para assegurar sua aplicação mais reta para cada caso concreto. Contudo, frequentes são as dificuldades com as quais se depara o magistrado nos julgamentos dos casos concretos, pelo fato de que a sua experiência pessoal e a personalidade dificilmente conseguem ser abstraídas da sua posição decisória.

Todavia, o mais complexo é, sem dúvidas, a necessidade de extrair do texto constitucional a máxima eficácia jurídica sem transgredir os limites que cercam esse direito fundamental.

No processo civil, os juízes possuem obrigações positivas, conforme prevê o artigo 126, capítulo IV do vigente Código de Processo Civil/1973, que dispõe sobre os poderes, os deveres e as responsabilidades do juiz.

Na realidade, enfatiza-se que a regra proposta deve respeitar os limites e as perspectivas da atuação judicial que estão contidas na Constituição Federal como antes exposto, sendo que o art. 126 do diploma processual atual é compatível com a norma constitucional quanto à fundamentação das decisões judiciais.

De toda sorte, não se pode imaginar a atuação do juiz que não tenha como fundamento a própria Constituição.

Sobre este assunto, Lenio Luiz Streck (2011b, p. 77) entende, nesta quadra da história, que a Constituição, "[...] a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, *passa a ser* – em determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição* (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) *nos legou*".

Para Clarissa Tassinari (2013, p. 142), a proposta de Lenio Streck não se restringe em revigorar a interpretação do direito, mas principalmente, em compreender que a superação da discricionariedade apenas será possível, através de uma decisão judicial assentada "sob pressupostos democráticos". E reforça esse entendimento com a seguinte questão: como decidir? "O Constitucionalismo Contemporâneo responde bravamente a este questionamento

com a construção de uma *teoria da decisão judicial*, compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas no Direito".

Ainda nesse rumo, o art. 126 do CPC/1973 expõe que o juiz não se exime de decidir, não podendo se omitir, ainda que não consiga encontrar a precisa solução para o caso ou tenha dúvidas sobre o mesmo, haverá de encontrar a solução adequada. Deste modo, o juiz ao proferir sua decisão deve guiar a norma constitucional para que ela torne-se eficaz, não podendo alegar a inexistência das normas que regulamentem o mandamento constitucional.

O diploma processual civil brasileiro estabelece, ainda, no artigo 131 do Código de Processo Civil/1973[2], o convencimento racional e motivado do juiz na atividade de apreciação da prova, ou seja, para poder motivar a sua decisão, o juiz deve analisar e valorar os fatos que foram alegados pelas partes, bem como os meios de prova constantes no processo, com o fim de fundamentar os motivos de sua convicção. "A necessidade de fundamentação ou motivação das decisões jurisdicionais é, a ênfase é essencial, uma decorrência (uma imposição) do modelo político de Estado adotado pelo Brasil". (BUENO, 2007, p. 354)

Por esse critério, veda-se ao juízo socorrer-se de elementos extra-autos, além de impor-lhe o dever de motivar a sua decisão, restringindo-se ao julgamento do pedido, para não incorrer na nulidade da sentença.[3] Pelo visto, embora seja livre a sua convicção, esta deverá ser fundamentada, pois o convencimento judicial deve ficar condicionado aos fatos sobre os quais se baseia a controvérsia (*quod non est in actis non est in mundo*[4]).

A questão é que este dispositivo tem despertado nos juízes o impulso cego do espírito, com julgamentos baseados na "íntima convicção", cuja decisão passa a ser discricionária, para não dizer, arbitrária, devido à amplitude demasiada do sistema do livre convencimento. Este problema será analisado com maior profundidade no tópico específico da proposta de uma nova hermenêutica crítica do direito, "[...] com o fito de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais, a *teoria da decisão judicial* de Lenio Streck constitui uma proposta hermenêutica de *amplo espectro* [...]". (TASSINARI, 2013, p. 142)

Na sistemática processual vigente, o artigo 458 do CPC/1973 apresenta a estrutura formal da sentença que compõe-se de relatório, fundamentação, dispositivo, data e assinatura (art. 164). Importa salientar que, toda decisão jurisdicional deve observar o referido

---

[2] Art. 131 do CPC: "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".

[3] Nesse sentido, procura-se que as decisões judiciais limitem-se sempre à dimensão do pedido ajuizado, evitando as sentenças *citra* (aquém), *extra* (além) e *ultra* (fora) do pedido, conforme dispõem os artigos 128 e 460 do CPC/1973.

[4] "O que não existe nos autos não existe no mundo".

dispositivo legal, mesmo as decisões que não são sentenças (decisões interlocutórias) que podem, conforme expressa autorização do art. 165 do CPC/1973, ser fundamentadas de modo conciso. Não é diferente a exigência de fundamentação, mesmo que concisa, para as sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito, a teor do disposto no art. 459 do mesmo diploma processual.

De todos os requisitos, sob pena de nulidade absoluta, devem constar da decisão, a fundamentação, decorrente de exigência constitucional (art. 93, inciso IX) e que corresponde às impressões fáticas e jurídicas do juiz.

Há previsão no Código de Processo Civil atual que um dos requisitos essenciais da sentença é o seu fundamento, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (art. 458, II, CPC/1973). Desta regra, aferiu-se que o critério da motivação da sentença é um critério interno à própria decisão, que leva em consideração apenas o próprio raciocínio do órgão jurisdicional. No entanto, este critério é insuficiente. Para que a fundamentação seja completa, é preciso que além desse critério interno da correção lógica da sentença, esta apresente também correlação com os fundamentos apresentados pelos litigantes (critério externo), analisando-os detidamente, em respeito ao contraditório.

Por outro lado, a sentença pode ser concisa, sem risco de nulidade, apenas quanto às sentenças terminativas, consoante dispõe a parte final do art. 459 do Código de Processo Civil/1973. No entanto, não há que se confundir ausência de fundamentação com fundamentação equivocada, desde que o juiz enfrente os pontos litigiosos centrando-se em matéria jurídica.

3 NOVO CPC: AUSÊNCIA DE UMA TEORIA DECISÓRIA?

Como visto, um Código de Processo Civil deve ser compreendido dentro de um modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, como uma concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Deste modo, a codificação atual tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil. No entanto, essa proteção nem sempre é suficiente e, em alguns casos, incorre na ausência de proteção aos compromissos assumidos pelo Estado Constitucional.

Por esta razão, em 8 de junho de 2010 foi apresentado ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que tramitou

sob nº 166/2010. Em 15 de dezembro de 2010, após a apresentação de relatório geral pelo Relator, Senador Valter Pereira, contendo diversas alterações, o texto foi aprovado pelo plenário do Senado, seguindo então para a Câmara dos Deputados sob o Projeto de nº 8.046/2010. (BRASIL, Projeto do NCPC, 2010). Em 16 de março de 2015 foi aprovada a Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015).

Para tanto, questiona-se sobre a necessidade de um novo Código de Processo Civil? Evidente que já ocorreram inúmeras reformas ao Código vigente, tornando-o assistemático na disciplina do direito processual civil, por não apresentar ordem e unidade de seus conteúdos. Todavia, esta não seria a principal razão que justificasse uma nova codificação. Em relação a novel legislação processual, percebe-se que esta repete em grande parte as redações já existentes no Código de Processo Civil atual, porém, segundo Streck (2012), "[...] o CPC projetado traz alguns avanços consistentes. Na verdade, "potencialmente" consistentes. Porque de nada adiantará ver o novo com os olhos do velho".

No plano normativo é oportuno um novo Código de Processo Civil quando se pretende determinar um alinhamento com a Constituição, fundado em sólidas bases teóricas, com o fim de romper com o instrumentalismo que impera o processo civil atual e seja estruturado a partir da tutela jurisdicional constitucional. Sob esta perspectiva, observa-se na redação do anteprojeto do novo Código, que este deverá haver uma "sintonia fina" entre o texto infraconstitucional e a Constituição.

Neste particular, colhem-se da exposição de motivos que orientaram os trabalhos da Comissão que elaborou o anteprojeto do novel diploma processual civil, os seguintes objetivos:

> [...] 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, Anteprojeto do novo CPC, 2010)

Embora existisse certo consenso a respeito de algumas mudanças trazidas com o projeto em comento, outras alterações são consideradas divergentes, notadamente, quanto ao

dever de fundamentação das decisões judiciais[5], expresso como segundo objetivo da exposição de motivos da novel legislação processual, anteriormente referenciada.

Assim, o novo Código de Processo Civil pretende resolver o problema da motivação das decisões judiciais quando há conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos em seu art. 489 e parágrafos[6]. Trata-se de uma inovação, considerando que o Código vigente não enfrentou esta temática.

Por imposição constitucional de que todas as decisões do Poder Judiciário têm de ser motivadas, conforme dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, alguns afirmam que o parágrafo primeiro do referido dispositivo seria desnecessário, pois o dever de fundamentar as decisões judiciais encontra-se estabelecido expressamente na norma constitucional. Outros entendem que o juiz não é obrigado a responder questionários formulados pelas partes. Afirmam que o referido dispositivo legal ultrapassa os limites previstos no texto constitucional.

Evidente que o Poder Judiciário não é um órgão consultivo. No entanto, o juiz tem por dever analisar as teses relevantes apresentadas pelas partes, encontrando argumentos suficientes à sua decisão e, jamais, limitar-se a responder questionários, em observância ao que estatui o artigo 489, II, do NCPC, quando considera a fundamentação como elemento essencial da sentença, "[...] em que o juiz analisará as questões de fato e de direito".

Para além desta questão, cresce o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, vagos e de cláusulas gerais pelo Poder Legislativo. Deste modo, também não será considerada fundamentada a decisão, sem explicar o motivo concreto da sua incidência ao caso concreto. Assim, com a finalidade de resolver conflitos emanados de uma sociedade complexa, não

---

[5] O *caput* do art. 489 do novo CPC, considera como "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".

[6] Sobre esta questão, disciplina a novel legislação na atual redação que: "[...] § 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 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."

seria considerada motivada a sentença, cuja decisão estivesse pautada apenas com base na dignidade da pessoa humana, como a mera citação do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, além de não poder se limitar à reprodução ou à paráfrase de ato normativo.

Como se nota, a novel legislação processual civil deve preocupar-se com os critérios a serem observados para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, à luz do comando normativo da própria Constituição.

No entanto, atualmente, tem prevalecido nos tribunais superiores, a tese de que o juiz pode escolher qualquer fundamento para decidir, analisando as questões de fato e de direito que tiver vontade, em flagrante discricionariedade a ser combatida por uma teoria da decisão judicial proposta pela hermenêutica crítica do direito, assunto a ser tratado adiante.

Aliás, são também usuais na prática forense, as sentenças motivadas apenas com base nas provas que demonstram a hipótese vencedora. Deste modo, resta evidenciado que "[...] o juiz não pode tomar em conta apenas parte da prova, uma vez que a função da motivação não é de justificar *uma escolha*, mas sim a de demonstrar *porque foi feita uma determinada escolha*". (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 468-469)

Em outra perspectiva, para que exista atendimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, merece atenção ainda àquelas hipóteses previstas nos incisos V e VI do parágrafo primeiro do artigo 489 do NCPC, que tratam dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, na aplicação de um precedente ou enunciado de súmula pelo juiz em sua decisão, estes somente serão considerados motivados, quando o caso sob julgamento se ajusta aos mesmos fundamentos dos precedentes e súmulas que apresentem similitude fática ao caso concreto que autoriza a sua incidência.

O sistema do precedente possibilita que a prestação jurisdicional seja qualitativa em relação ao caso concreto, sob o risco de um automatismo judicial e de engessamento do ato decisório para o julgador que, "se torna assim um sujeito ativo na construção do precedente, na sua revisitação e na definição de seus limites de aplicação. Esse papel somente pode ser desempenhado a partir do atendimento do dever de motivação de suas decisões". (FARIA, 2015, p. 328)

Sobre o dispositivo em comento, Streck afirma que se a intenção for "importar a doutrina dos precedentes" de outros sistemas jurídicos, o projeto já iniciou neste aspecto, muito mal. Entende o autor, que há diferenças entre estabilidade, integridade e coerência do Direito e assevera que: "[...] a 'estabilidade' é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato

ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso". (STRECK, 2013a)

Não há dúvida de que o sistema jurídico brasileiro tem-se aproximado do sistema da *Common Law* que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, sobre o sistema de vinculação das decisões judiciais, especialmente, referente à teoria dos precedentes, em que juízes são obrigados a julgar respeitando as regras estabelecidas em decisões anteriores.

O problema levantado inicialmente por Streck é que, com a adoção dos precedentes na forma apresentada desde o projeto de lei do novo Código de Processo Civil, revogaria o princípio da legalidade assegurado constitucionalmente na teoria da interpretação, por meio de um texto infraconstitucional. Deste modo, os juízes não julgariam mais de acordo com a normatividade, mas sim, com base nas decisões dos tribunais.

Assim, a cláusula pétrea expressa no disposto do artigo 5º, inciso II, da Constituição, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", será substituída por "[...] um 'novo', pelo qual 'os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes'. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!)". (STRECK, 2013a, p. 2)

Entretanto, o aspecto mais relevante da *commonlização* no sistema jurídico brasileiro é o enfraquecimento da autonomia do direito, a partir do fato de que o projeto investia, efetivamente, a um direito jurisprudencializado. Streck (2013a) advertiu sobre a possibilidade de uma perda qualitativa no sistema decisório brasileiro, principalmente, porque "o projeto não combate a possibilidade de o STJ e o STF continuarem a decidir discricionariamente, e de outro ele atribui, irrefletidamente, efeito vinculante para a quase totalidade das decisões desses tribunais (inclusive dos *obter dictum*)".

Em recente texto sob o título: "Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!", Streck (2013c) informa que suas reiteradas críticas ao projeto foram de certa forma, acolhidas pelos juristas envolvidos no projeto, notadamente, quanto à estrutura do projeto ao sistema da *Common Law*, conforme suas declarações:

> Um ponto importantíssimo foi a aceitação por parte do relator da introdução de um novo parágrafo no artigo 521 do Projeto (talvez sejam inclusos outros). Por esse novo preceito, "O órgão jurisdicional observará o disposto no artigo 10 e no artigo 499, parágrafo 1º, na formação e aplicação do precedente judicial". Bingo. Trata-se da adoção do contraditório como garantia de influência e não surpresa. Vejamos o que diz o artigo 10 de que fala o aludido parágrafo 11: "Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do

> qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Deste modo, considera Streck uma "vitória da hermenêutica e da democracia", a superação da crítica feita anteriormente de que apenas os juízes e tribunais não superiores estavam obrigados a seguir a jurisprudência, pois agora os tribunais superiores também deverão estar submetidos a sua própria jurisprudência.

A versão anterior do projeto estabelecia que os tribunais devessem manter a estabilidade da jurisprudência, porém, em face das críticas feitas, restou acatada a sua sugestão de caráter dworkiniano quanto ao tratamento da exigência e integridade do direito ao lado da estabilidade. A integridade e a coerência são dois princípios incorporados na teoria da decisão proposta por Lenio Streck.

Outra questão digna de nota está na redação do parágrafo segundo do art. 489 do NCPC, que visa resolver o problema da colisão entre normas e os critérios para sua solução, considerando motivadas as decisões judiciais quando o julgador demonstrar o seu critério utilizado na hierarquização das normas conflitantes ao caso.

Uma das questões que tem suscitado atenção, ao menos no âmbito terminológico, é que há autores como Eros Roberto Grau (2001, p. 114) que divide as normas em regras e princípios, enquanto outros, a exemplo de Juarez de Freitas (1998, p. 05), consideram que esta divisão se daria em princípios, normas e valores, pois para este último jurista, o conceito de normas corresponderia ao de preceitos jurídicos, os quais seriam menos amplos e "axiologicamente inferiores" aos princípios. Estes, por sua vez, difeririam dos valores *stricto sensu*, por terem a "forma mais elevada de diretrizes", que faltaria aos valores, ao menos em grau e intensidade.

Eros Grau, por sua vez, prefaciando a obra de Juarez de Freitas, esclarece o porquê da divergência, dizendo que "[...] os valores [...] estão contidos nos princípios [...]", motivo pelo qual não seriam diferentes.

Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 61-63) ressalta que alguns autores espanhóis (Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterria) incluem os valores, ao lado dos princípios e das regras, como espécies de norma, entretanto, se exime o citado jurista de analisar com maior profundidade a categoria "valor", por transcender este os limites do objeto de seu estudo, deixando assim, de tratar dos valores como espécie de normas, preferindo incluí-los como parte componente do próprio princípio, tendo em vista a enorme carga valorativa que nele está inserida.

Em decorrência dos estudos de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, essa dissociação foi superada, sendo pacificamente estabelecida a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. (BONAVIDES, 2001, p. 243)

Para Robert Alexy (1993, p. 83), "[...] a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre tipos de normas". O mesmo jurista ainda enfatiza, "[...] serem também normas os princípios: ambos, princípios e regras, afirmam o que *deve ser*; ambos são formulados a partir da deontologia da expressão básica da ordem (*Grundausdrücke des Gebots*). Por isso que a distinção entre regras e princípios se equaciona como distinção entre duas espécies de normas: "Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip"- cada norma é uma regra ou um princípio". (ALEXY, 1993, p. 77)

Conforme definição de Robert Alexy (1993, p. 86-87), os princípios são mandamentos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, ao passo que as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

Ao tratar da distinção que apartam os princípios das regras jurídicas, Dworkin (1997, p. 26) adverte que as regras jurídicas não comportam exceções, "[...] são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; - os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas".

Para Canotilho (1995, p. 166-167), saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa, podendo, porém, ser utilizados os seguintes critérios por ele sugeridos: a) grau de abstração: os princípios são considerados como normas que possuem um maior grau relativo de abstração, enquanto as regras apresentam uma abstração relativamente menor; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: pelo fato dos princípios possuírem grandes traços de indeterminação, estes são carecedores de mediações concretizadoras, já as regras são passíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: a natureza dos princípios desempenham um papel fundamental na ordem jurídica, dada "[...] à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito)"; d) Proximidade da ideia de direito: Dworkin define os princípios como "standards" que há de ser observado por ser uma exigência da justiça ou como afirma Larenz, uma 'ideia de direito'; as regras, por sua vez, apesar de apresentarem um conteúdo formal, possuem plena vinculação normativa; e) Natureza normogenética: como os princípios são fundamentos das regras, pode-

se dizer que, por trás de toda regra há um princípio que a fundamenta. É a natureza normogenética dos princípios.

Assim, sabendo-se que os princípios, ao lado das regras, são caracterizados dentro do conceito de normas jurídicas, cogita-se a partir desta análise, discorrer sobre o problema dos conflitos existentes entre regras e princípios jurídicos, sem pretender, no entanto, adentrar na questão complexa das antinomias jurídicas[7].

As regras não possuem uma convivência pacífica, por prescrevem exigências de forma imperativa, excluindo-se mutuamente quando são conflitadas em face de sua convivência antinômica. Os princípios por sua vez, admitem uma convivência conflitual, ou seja, expressam valores fundamentais que oportunizam uma ideia de direito.

Dessa forma, quando dois ou mais princípios se apresentarem em confronto, um prevalecerá sobre o outro, sem proceder a nenhum tipo de exclusão, havendo tão somente a necessidade de fazer-se uma composição dos valores e interesses, sempre observado o caso concreto, sem o qual a interpretação torna-se impossível para apurar o verdadeiro alcance de cada um no caso em questão. Logo, as regras que serviram de concreção ao princípio desprezado são afastadas. (GRAU, 2001, p. 122)

Pode-se concluir que, ao se ferir uma norma, diretamente estar-se-á ferindo um princípio daquele sistema, que na sua essência estava embutido. Por outro lado, "[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos". Em decorrência do nível do princípio atingido, pode ser considerado como a mais grave forma de inconstitucionalidade ou ilegalidade, porque se rebela em oposição ao sistema, "[...] subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se a toda estrutura neles esforçada". (MELLO, 1980, p. 230)

Diz-se, assim, que as regras geralmente possuem uma aplicação direta, enquanto que os princípios exigem uma densificação[8] de conteúdo. Os princípios recebem concretização

[7] Sobre esse tema, Norberto Bobbio (1994, p. 92) alude os três critérios fundamentais para a solução das antinomias: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade.

[8] Densificar, por sua vez, significa "[...] preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos". Ou seja, a densificação do princípio é qualquer atividade capaz de fornecer subsídios hábeis a melhorar a compreensão do significado da norma. (CANOTILHO, 1995, p. 203)

através de outras regras constitucionais e infraconstitucionais, pois, ao mesmo tempo em que emana conteúdo por todo o ordenamento jurídico também são densificados por meio dele.[9]

Dessume-se, então, que norma jurídica é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios jurídicos, neste último incluído tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais do direito, estes consagrados como princípios constitucionais. Assim, em se tratando do conceito de princípio constitucional, não há como defini-lo "[...] sem correlação com a ideia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica". (ESPÍNDOLA,1999, p. 44)

Não se pode, no entanto, equiparar os princípios às regras. Estas são apenas uma das faces das normas. O jurista, ao analisá-las, deve aferir-lhes a espécie (princípios ou regras) e a hierarquia (norma constitucional, legal ou mesmo infralegal) para bem entender seu posicionamento no ordenamento jurídico. (GRAU, 2001, p. 80)

Portanto, havendo, em um caso concreto, conflito entre uma lei (regra) e um princípio constitucional é óbvio que este será aplicado. Com a inserção dos princípios nos textos constitucionais[10], a sua força vinculante impõe ao aplicador do direito a sua observância, conquanto caracterizados pela superioridade de seu conteúdo normativo que serve de base para todo o sistema jurídico do Estado contemporâneo. (ESPÍNDOLA,1999, p. 76)

Nessa dimensão, com o surgimento do Estado Contemporâneo em 1917, com a promulgação da Constituição mexicana de então, logo seguida pela chamada Constituição de Weimar, em 1919, tem havido uma crescente preocupação no sentido de que as respectivas

---

[9] Na lição de Bonavides (2001, p. 259): "[...] a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder".

[10] Na realidade, os princípios são multifuncionais, podendo ser apontadas pelo menos três funções relevantes: *a) função fundamentadora*: os princípios desempenham um papel fundamental no Direito Público, sobretudo no Direito Constitucional, servindo de embasamento de toda a ordem jurídica, possuindo uma eficácia derrogatória e diretiva (BONAVIDES, 2001, p. 254-255); *b) função orientadora da interpretação desenvolvida pelos princípios*: "[...] decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Realmente, se as leis são informadas ou fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas [rectius, regras]. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas [regras]" (ROCHA, 1999, p. 47); *c) função de fonte supletiva ou subsidiária*: na hipótese de lacunas do ordenamento jurídico aplicável ao caso específico, os princípios gerais realizariam a tarefa de integração do direito. Os princípios serviriam, neste caso, como guia para o juiz suprir as lacunas existentes da lei. No entanto, esse caráter supletivo ou subsidiário dos princípios encontra-se superado, a partir do momento em que estes foram colocados na esfera jusconstitucional, tornando-se fonte primária de normatividade que orientam e fundamentam todas as demais normas. (BONAVIDES, 2001, p. 254)

Cartas Magnas espelhem, de forma clara, a necessidade de que o Estado seja dotado de função social. (PASOLD, 1988, p. 43-45)

No entanto, parece que o novo Código de Processo Civil fez a escolha dos critérios da ponderação de Robert Alexy, conforme visto, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais ou de princípios, porém, o legislador ao adotar a expressão "norma" no § 2º do art. 489 do NCPC reconhece que a colisão não ocorre apenas entre princípios, mas também, entre as regras. Assim, como os princípios e as regras são espécies da norma, o novo Código se afasta da teoria de Alexy, considerando que este reconhece somente a colisão de princípios, a ser solucionado pelo critério da ponderação. Quanto às regras, a solução encontrada havendo conflito ocorre declarando-se a invalidade de uma delas ou inserindo-se uma cláusula de exceção.

Nestes casos, é de suma relevância para efeitos de fundamentação das decisões judiciais, que se identifiquem os princípios em rota de colisão e quais os fins por eles apontados, além de se explicitar adequadamente a forma como ocorrerá a simultânea concretização destes.

A novel legislação processual empresta grande importância ao contraditório, especialmente, quando afirma no artigo 10 que: "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Diante de tal dispositivo, o órgão jurisdicional estará proibido de prolatar uma "decisão surpresa" para a parte, em respeito ao contraditório, em compromisso com o processo civil de um Estado Democrático de Direito.

No entanto, com a adoção do policentrismo e coparticipação no processo, a estrutura do novo Código passou a ser dimensionada não apenas na figura do juiz, mas também nas partes que assumem relevância no processo.

Da análise entre ambas as codificações, a questão que continua a ser debatida na atualidade é como resolver o problema da discricionariedade e dos modos, limites e aceitabilidade no exercício da função jurisdicional. Nos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores, observa-se o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais, pois para os desavisados, há quem infelizmente ainda afirme que, em alguma medida, se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

A motivação encontrada, por vezes, decorre da justificativa de que nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de

discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o decisionismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

O novo Código de Processo Civil perde também a oportunidade de uma discussão hermenêutica, pois há nítida ausência de uma crítica filosófica[11]. Assim, o novel diploma poderia ter promovido uma mudança paradigmática, fortalecendo o sistema processual com base no constitucionalismo democrático, com o fim de romper-se definitivamente com o modelo protagonista, não permitindo que o processo dependa do solipsismo judicial. Este assunto, combatido pela hermenêutica filosófica, a partir de uma teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck, será explicitada adiante.

4 A NOVA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA PROMESSA DA MODERNIDADE

Importante frisar que a Nova Crítica do Direito[12] proposta por Lenio Streck, implica num novo olhar sobre o Direito, por encontrar assentada na denominada "viragem hermenêutico-ontológica" fundamental de Heidegger (supera o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica) e, posteriormente, na matriz gadameriana (mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo).

Com este novo paradigma denominado de Nova Crítica do Direito, rompe-se com uma tradição no campo jurídico. A construção desta sofisticada teoria apresenta-se por uma viragem linguística, em que a linguagem não é algo que se coloca entre um sujeito cognoscente e um objeto, deixando de ser uma terceira coisa para passar a ser uma condição de possibilidade. (STRECK, 2011a, p. 373)

Com a recepção desta viragem, não há como recusar as consequências para a interpretação do direito, eis que, inicia-se uma nova forma de se fazer Direito, especialmente,

[11] Streck (2012, p. 3) considera que no projeto, "há uma "falácia semântica" ou uma "crença na plenipotenciariedade dos conceitos", como se fosse possível a uma lei, a uma súmula ou a uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada. O projeto, nesse aspecto, peca por apostar em uma espécie de *commonlização* do Direito de *terrae brasilis* [...]. Assim, o projeto faz a façanha de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização, e no positivismo pós exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial). Ou seja, sob pretexto de se livrarem das velhas posturas positivistas, os autores do projeto reafirmam tanto o velho como o "novo" (sic) positivismo".

[12] A Nova Crítica do Direito (NCD) é também, por vezes, denominada por Lenio Streck de Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). (STRECK, 2011a, p. 20 e 373).

pela construção de uma teoria que visa o rompimento dos paradigmas da metafísica clássica (objetivista aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais têm sustentado o imaginário jurídico.

A Nova Crítica do Direito procura mediante uma análise fenomenológica:

> [...] o dês-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, 'o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado'. (STRECK, 2011b, p. 216-217).

A discussão de uma hermenêutica crítica para o campo filosófico proposta por Gadamer (1997, p. 14-15) no prefácio de *Verdade e Método*, assevera que: "A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível". Pelo visto, este acobertamento de algo se refere às condições de possibilidades de compreensão do intérprete.

Na seara jurídica, o problema hermenêutico define, a partir do texto jurídico, o sentido normativo formal a ser atribuído a um fato da vida social. Deste modo, em relação à construção da hermenêutica jurídica, esclarece Gadamer (1997, p. 426) que esta "[...] não buscaria compreender textos dados, já que é um recurso auxiliar da práxis jurídica destinado a sanar certas deficiências e casos excepcionais no sistema da dogmática jurídica.

A natureza da hermenêutica jurídica para Gadamer é distinta, ou seja, não é de caráter metodológico, pois tem como finalidade "[...] encontrar o direito, isto é, interpretar as leis de tal modo que a ordem do direito impregne toda a realidade". (GADAMER, 2004, p. 464)

Nesse contexto, para além dos objetivismos e subjetivismos, a Nova Crítica do Direito abre um novo espaço para a compreensão do direito, fundada na intersubjetividade, "que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico". (STRECK, 2013b, p. 111)

Deste modo, o autor trava uma batalha para qualquer forma de discricionariedades, decisionismos, ativismo judicial, o positivismo fático, são algumas das várias expressões do subjetivismo.

Com isso, aposta-se que o novo constitucionalismo abre possibilidades de superação contra o paradigma positivista do direito. Deste modo, o direito assume um caráter hermenêutico. No entanto, observa-se um acentuado crescimento de tensão entre os poderes do Estado, deslocado para a jurisdição constitucional, diante da impossibilidade do Poder Legislativo (a lei) poder prever todas as hipóteses de aplicação, além das várias formas de acesso à justiça em face do caráter compromissório da Constituição.

Sem dúvida que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é contrário a qualquer postura positivista, em que o mundo prático (conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais) não era uma preocupação corrente.

O Estado Democrático de Direito é uma conquista e, portanto, estas questões devem ser refletidas a partir da "concretização de direitos", que é o cerne deste paradigma, para o fim de ultrapassar a ficção causada historicamente pelo positivismo jurídico que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade.

Assim, para discutir o direito e suas possibilidades democráticas é necessário perpassar pela hermenêutica (possibilidades de compreensão), ficando afastada qualquer forma de manifestação positivista, que continua a apostar no solipsismo do sujeito da modernidade (intérprete) para a aplicação do direito, notadamente, nos "casos difíceis".

Diante de tal situação é que surgiram novos paradigmas em buscas de respostas no sentido de construir um discurso com novas formas de compreensão, sem cair em deciosionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes). Isso somente será possível com o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito que oportuniza o rompimento do "direito-enquanto-sistema-de-regras", cujo acontecimento somente será possível mediante a inserção dos princípios "[...] *no discurso constitucional que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o modelo de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart)". (STRECK, 2011a, p. 376)

Ora, se esse modelo de regras sustentado pelo direito encontra-se superado, ainda prevalece na dogmática jurídica, o discurso exegético-positivista, o que implica num retrocesso, por dois motivos: a) permanece a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (a exemplo das *súmulas vinculantes*, com características da metafísica clássica), e, b) procura nas teorias subjetivistas "[...] uma axiologia que submete o texto à

subjetividade assujeitadora do intérprete (esquema S-O), *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos"*. (STRECK, 2011a, p. 376)

Este é o ponto fulcral da discussão hermenêutica, pois o direito não pode ser aquilo que o judiciário diz que é, a partir de pretensões objetivadoras consignadas pela jurisprudência através de um repertório de ementários ou enunciados performáticos. Assim, a busca de respostas corretas em pleno predomínio do positivismo através do esquema sujeito-objeto que ainda impera nas diversas posturas e teorias sustentadas, é uma necessidade.

Nesse contexto é que Streck busca o auxílio na hermenêutica filosófica – nos moldes em que é recepcionada pelo direito -, criando uma teoria da decisão judicial proposta pela Nova Crítica do Direito, como direito fundamental à resposta adequada a Constituição e tem como aporte a necessária integridade e coerência do Direito, cuja teoria em Dworkin (2008, p. 213) possui dois níveis: "funciona como um princípio legislativo e um princípio adjudicativo". No entanto, neste último princípio é que "o juiz encontrará a resposta correta, prestando de forma legítima a jurisdição".

Assim, o Direito como integridade refere-se a princípios. Deste modo, todas as respostas passaram a ser fundamentadas com base neles, de forma que a interpretação cumpre por reconstruir o Direito "[...] como uma unidade coerente, integrada, utilizando-se de critérios socialmente partilhados, que permite analisar o argumento contraposto de cada parte, o que limita a concepção pessoal do juiz, possibilitando encontrar uma resposta correta ao caso". (LUIZ, 2013, p. 175)

Esta teoria tem por objetivo afastar a discricionariedade judicial do campo jurídico como meio de combater o subjetivismo, pois a teoria hermenêutica filosófica de Gadamer não admite que "a interpretação seja orientada pela convicção pessoal do intérprete". (LUIZ, 2013, p. 177) Essa resposta (decisão) não pode ficar a mercê da consciência do juiz, de seu livre convencimento, que escondem a subjetividade do julgador/intérprete, sob pena de se ferir, como já visto, o "princípio democrático".

Importante demonstrar a diferença entre decisão e escolha, sendo que a primeira, não pode ser compreendida como um ato em que diante de várias possibilidades possíveis, o juiz escolhe aquela mais adequada à solução do caso concreto. Em relação à escolha, esta pode ser entendida como "a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância". (STRECK, 2013b, p. 107)

A integridade do direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais e está vinculada à democracia, exigindo que os juízes/intérpretes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. No entanto, quando não se respeita esta integridade e a fundamentação da decisão ocorre baseada de "conceitos *pré-à-porters"* (súmulas, enunciados performáticos como fundamentação para uma decisão), resulta num sistema que possibilita uma multiplicidade de "respostas" (decisões). Como consequência, tem-se um sistema "desgovernado", a partir de uma infinidade de recursos que ao invés de permitir respostas adequadas, apenas refletem "ementários *prêt-à-porter*". (STRECK, 2011a, p. 391)

Por outro lado, as súmulas podem contribuir para a construção de respostas adequadas à Constituição, desde que sejam adequadamente compreendidas com respeito à estrita obediência do dever de fundamentar as decisões, como um mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito.

É preciso lembrar que, a crítica ao solipsismo judicial ou as decisões conforme à consciência do julgador, assim como ao protagonismo judicial e sua aversão à discricionariedade e decisionismos, não significa que há uma proibição de interpretar com a exclusão da subjetividade de cada sujeito-intérprete, diante do fato de que a hermenêutica não exclui a subjetividade essencial a qualquer atividade compreensiva.

Castanheira Neves (1993, p. 84) chama a atenção para o fato de que o problema jurídico-normativo da interpretação não se restringe em determinar a sua significação jurídica, ainda que esta "[...] exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos".

A possibilidade de múltiplas respostas[13] ocorre quando a interpretação se dá em etapas, separando-se a interpretação e aplicação. Neste ponto, é que a hermenêutica difere-se de outras "teorias discursivo-procedurais". Deste modo, "[...] é a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico". O círculo hermenêutico é que se formará numa espécie de ruptura do "[...] esquema (metafísico) sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão". (STRECK, 2011a, p. 397). Neste sentido, para a hermenêutica jurídica não há respostas antes das perguntas.

[13] Streck (2011b, p. 221) afirma que os princípios tem o objetivo de evitar respostas múltiplas. "Portanto, os princípios 'fecham' a interpretação e não a 'abrem', como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete".

E quando ocorre a discricionariedade positivista? Na medida em que – no "mundo" do sentido semântico – sempre há uma lacuna de previsões pela impossibilidade de um texto abarcar todas as possibilidades aplicativas, exigindo do juiz uma postura discricionária para o preenchimento desse vácuo de sentido.

A discricionariedade judicial surge de diversas maneiras na prática jurídica e sua perpetuação afasta do Direito a sua autonomia e a própria democracia. No entanto, se por um lado a moral e a economia com discursos de correção sobre questões não jurídicas caracterizam riscos externos do Direito (política, moral e economia), com certeza, a discricionariedade judicial é o predador interno do Direito, substituindo a ordem jurídica democrática pela convicção subjetiva de uma pessoa.

Entretanto, esta não é a postura da Nova Crítica do Direito. Ademais, com o propósito de controlar o solipsismo existente na aplicação é que se faz necessária uma "teoria da decisão". A hermenêutica tem por finalidade romper as interpretações arbitrárias e discricionárias por parte dos juízes.

Evidente que isso não quer dizer que o juiz estará impedido de interpretar, até porque como já visto, não há cisão entre interpretação e aplicação. "O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos". (STRECK, 2011b, p. 467)

Ora, nem sempre o dever de fundamentar as decisões é suficiente para resolver este problema da decisão, pois "um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, na compreensão, reside a 'razão hermenêutica', para usar a expressão de Ernst Schnädelbach".[14] Todavia, qual seria o motivo de Gadamer afirmar que "[...] interpretar é explicitar o compreendido?". (STRECK, 2011a, p. 399). Em resposta, sabe-se que esta assertiva não significa "colocar uma capa de sentido ao compreendido" (espaço da epistemologia na hermenêutica).

Assim, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo (*Auslegung*), para ser considerada como um processo produtivo (*Sinngebung*). (STRECK, 2011b, p. 217-218). Desta forma, não há como o intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, pois esta já exige uma compreensão anterior, um sentido que já nos é antecipado.

[14] Segundo Streck (2011b, p. 476), "a compreensão ocorre a partir da pré-compreensão, que é estruturante. [...] 'compreender sentido' não é apenas uma consequência, mas o fundamento da própria razão. [...] No campo do conhecimento do direito, é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode 'acontecer' sem a pré-compreensão".

Nesse sentido, a tese sustentada por Streck (2011a, p. 400) é "uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente trata-se 'da resposta adequada à Constituição', isto é, *uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma*".

Portanto, é possível afirmar que tanto Gadamer como Dworkin não admitem a cisão entre interpretação e aplicação. Por esta razão é que a compreensão das suas teses busca controlar a subjetividade "a partir de posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas". (STRECK, 2011a, p. 403)

Deste modo, se o método foi e é o paradigma supremo da subjetividade, o seu rompimento como fez Gadamer, não importa em afirmar que, a partir de então, seja possível "dizer qualquer coisas sobre qualquer coisa".

Muito pelo contrário. Se antes a linguagem era colocada num plano secundário por um juiz solipsista (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), a intersubjetividade instaurada com o giro linguístico-ontológico exige que o controle hermenêutico seja feito no interior da própria linguagem. Como diz Streck, é preciso levar o texto a sério. As Constituições da segunda metade do século XX, com o objetivo de reafirmar a autonomia do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, confere a possibilidade à interpretação do direito.

Assim, o dever de fundamentar as decisões judiciais previsto no artigo 489 do novo Código de Processo Civil, encontra-se em conformidade com a exigência da fundamentação das decisões jurisdicionais insculpida no artigo 93, IX, da Constituição Federal e não deve servir apenas de parâmetro para o juiz explicar os motivos que formaram o seu convencimento, como uma forma de "capa argumentativa". Antes, deve apresentar uma fundamentação de sua interpretação, explicitando as razões de sua compreensão como meio de demonstrar que esta é a mais adequada ao caso (correta à Constituição).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo visto, as regras existentes no novo Código de Processo Civil brasileiro sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais, decorrem do que está previsto na Constituição Federal de 1988, assim como das regras referenciadas do Código Processual em vigor.

Entretanto, a Constituição não esclarece ou detalha a motivação das decisões judiciais, apenas exige a sua fundamentação no artigo 93, IX, por isso, que esta questão sempre ficou ao encargo do trabalho desenvolvido pela doutrina e jurisprudência.

Assim, justifica-se plenamente o disposto do novo Código, com a inserção do artigo 489, a pretexto de um detalhamento nas exigências de fundamentação e a adoção de critérios para a utilização da jurisprudência.

Não se ignora, é claro, que, sem uma mudança de cultura do sistema judiciário, corre-se o risco de que a alteração legislativa se torne mais uma daquelas tantas outras que já ocorreram no Código de Processo Civil de 1973.

Deste modo, com uma nova legislação ou não, o que deve ser evitado é que alguns juízes continuem aplicando o seu próprio Código, como muitos fazem na atualidade. Decidir não é escolher, esta última é baseada na razão e está calcada na filosofia da consciência de um julgador solipsista.

Diante da teoria da decisão proposta por Lenio Streck, deve-se decidir com responsabilidade política e não por escolhas, para além da convicção pessoal do juiz, rompendo-se com qualquer atitude discricionária na fundamentação de um julgamento. O juiz deve dar espaço para suspender o seu pré-julgamento.

A decisão que não se explica, que não mostra de onde veio, suscita descrença no sistema judicial como um todo e não contribui para a pacificação social. Deste modo, o importante é verificar se a fundamentação de uma decisão judicial encontra-se harmonizada com as normas constitucionais, pois esta somente será considerada adequada se estiver de acordo com a Constituição.

Deste modo, a contribuição da hermenêutica filosófica permite verificar alguns avanços no tocante ao dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar de uma nova crítica do direito, pelo qual pode-se afirmar que o legislador está iniciando a sua aproximação com os movimentos do círculo hermenêutico.

Evidente que a história é que deve aperfeiçoar o texto do novo Código de Processo Civil, pois este não é e nunca será definitivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Vades. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5 ed. Brasília: Unb, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.046/2010. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 8 jul. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo CPC*, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo civil*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latim, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais:* elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (coords). *Primeiras*

lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II* – complementos e índice. 2 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial*: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. (Curso de processo civil) 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *A juristocracia do novo código de processo civil*. Conjur, 18 set. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristrocracia-projeto-codigo-processo-civil>. Acesso em: 15 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011a.

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! Conjur*, 12 set. 2013a. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 15 abr. 2015.

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

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!. *Conjur*, 21 out. 2013c. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?imprimir=1>. Acesso em: 22 maio 2015.

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

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.