

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAL NA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) DE LENIO STRECK

THE DUTY TO PROVIDE REASONS FOR JUDICIAL DECISIONS ON LENIO STRECK'S CRITICAL HERMENEUTICS OF LAW (CHD)

Carlo Fabrizio Campanile Braga ¹

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a o dever de fundamentação das decisões judiciais com base na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck. Com base na teoria hermenêutica fundada no paradigma filosófico da filosofia da linguagem, é realizada uma reflexão sobre a CHD e seus princípios fundantes aplicados à decisão judicial, de modo especial o quarto princípio: o dever de fundamentar as decisões. Este dever é tratado como um dever fundamental distinto da mera motivação da decisão, na medida em que exige sejam explicitadas, de modo detalhado, as razões fáticas e jurídicas que utilizadas no processo de decisão. O dever de fundamentar as decisões estabelece-se como o momento e o local onde será explicitado o respeito à autonomia do direito, a responsabilidade política do julgador e a integridade e coerência da interpretação/aplicação do direito, e que conduzirá a uma decisão constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais, Crítica hermenêutica do direito, Lenio streck

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the duty to provide reasons for judicial decisions based on Lenio Streck's Critical Hermeneutics of Law (CHD). Based on the hermeneutic theory founded on the philosophical paradigm of the philosophy of language, a reflection is carried out on the CHD and its founding principles applied to judicial decision, especially the fourth principle: the duty to substantiate decisions. This duty is treated as a fundamental duty distinct from the mere motivation of the decision, insofar as it requires a detailed explanation of the factual and legal reasons used in the decision-making process. The duty to substantiate decisions is established as the time and place where respect for the autonomy of the law, the political responsibility of the judge, and the integrity and coherence of the interpretation/application of the law will be made explicit, and which will lead to a constitutionally adequate decision

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reasons for judicial decisions, Critical hermeneutics of law, Lenio streck

¹ Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a importância da fundamentação das decisões judiciais entendida como um dever fundamental pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck. Vale observar que a partir da CHD são enumerados princípios fundantes para que uma decisão judicial seja considerada em conformidade com a Constituição e que, desta forma, possa ser uma resposta adequadamente constitucional ao problema posto para decisão. Nesta perspectiva, um dos princípios fundantes da decisão propostos pela CHD (quarto princípio) consubstancia-se no dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação.

A pesquisa desenvolve-se por meio de uma revisão bibliográfica tendo como marco teórico a CHD de Lenio Streck. A metodologia é decorrente da própria escolha do marco teórico, na medida em que a CHD busca explicitar suas teses por meio de uma racionalidade metódica representada pela hermenêutica filosófica, de fundo gadameriano.

A relevância no estudo deste tema está intimamente ligada ao que se pode denominar de problema de ausência de fundamentação das decisões, em que a inexistência de um processo íntegro, coerente e jurídico de construção das decisões acaba por ocasionar o surgimento de decisões inadequadas, ou seja, em desconformidade com a Constituição.

O “DILEMA DA PONTE” E OS PROBLEMAS DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES

Uma das considerações constantes da obra de Lenio Streck, é o problema da ausência de um constructo teórico para a tomada de decisão. Como a decisão jurídica não pode ser equiparada a um ato de escolha¹, e muito menos pode prescindir de fundamentos, se mostra impossível, ao menos do ponto de vista teórico e filosófico, que primeiro haja a decisão e depois sejam buscados seus fundamentos.

Este raciocínio vem representado pelo “dilema (ou aporia) da ponte”, no qual quem deseja cruzar o rio não pode alcançar a outra margem antes de construir a ponte. O “dilema da ponte” (ou “aporia da ponte”) tem como finalidade chamar a atenção sobre a impossibilidade de serem proferidas decisões judiciais sem que antes sejam elaborados e construídos os fundamentos desta tomada de decisão, da mesma forma como seria impossível cruzar um rio

¹ Esta distinção entre decisão e escolha foi criada e desenvolvida por Lenio Streck a partir da obra: Streck, Lenio, *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

antes da construção da ponte que faz a ligação entre uma margem e outra. Na primeira edição da obra *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Lenio Streck apresentou o “dilema da ponte”:

Numa palavra: o “abismo gnosiológico” que “separa” o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita...!²

Este trecho é reproduzido e ampliado nas edições posteriores de *Verdade e Consenso*, como se pode ver da sexta edição, onde consta:

Vê-se aqui a relevância da compreensão acerca da diferença entre estruturação do sentido e o sentido da estruturação. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem *não é um mero instrumento* ou uma “terceira coisa” que se interpõe entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). O “abismo gnosiológico” que “separa” o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas, paradoxalmente, depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita!³

A partir desta metáfora-dilema, o autor denuncia a impossibilidade de se chegar a uma decisão (resposta) antes de ser trilhado o caminho das perguntas e da compreensão e interpretação. A questão chave é que a decisão judicial não pode ser entendida como um mero processo de escolha⁴, na medida em que decidir e julgar não constituem o simples resultado da eleição de uma solução entre várias possíveis. No momento em que se opta por compreender a decisão como uma escolha, sem que este processo seja mediado por uma fundamentação racional e jurídica, o risco de que a decisão seja o resultado de uma atuação ou pensamento voluntarista, solipsista e subjetiva do julgador é enorme.

Uma decisão voluntarista, em um sentido amplo, pode ser entendida como aquela em que a vontade do intérprete, no caso, do julgador, orienta a atribuição de sentidos, fazendo com que o intérprete seja ele próprio a fonte de sentido às palavras (aos textos jurídicos)⁵. Esse tipo de postura judicial não é aleatório. Afinal, a teoria do direito, ao tematizar a decisão judicial, já criou caminhos que justificam a discricionariedade judicial.

² STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 286.

³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 479.

⁴ STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

⁵ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica – 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020, p. 451.

A representação por excelência do voluntarismo, no âmbito do positivismo jurídico, se dá na figura do juiz kelseniano, já que para Kelsen o ato de decisão (sentença) é um ato de vontade, e não um ato de conhecimento, pois o “Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”⁶.

Como aponta Streck, o voluntarismo no âmbito da decisão judicial está intimamente ligado, ou mesmo interligado, à figura do juiz solipsista e subjetivista, na medida em que a decisão, entendida como um ato de vontade, revela um reflexo do íntimo solitário do sujeito. Nesse caso não há um exercício de diálogo exterior e intersubjetivo, pois o sujeito solipsista é aquele “viciado em si mesmo. É aquele que se coloca na contramão dos constrangimentos cotidianos: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras”⁷.

Esse modo de pensar e de agir subjetivista não é algo destituído de base epistêmica; ao contrário, ele encontra seu fundamento no paradigma filosófico (paradigma aqui entendido como sendo um padrão de racionalidade que busca a solução de um problema filosófico, e não uma mera filosofia ornamental⁸) da filosofia da consciência. Esta é a base teórica do subjetivismo que vai ganhar contornos no direito a com o positivismo jurídico, especialmente no modo de interpretar e julgar, como sendo uma “postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos.”⁹.

Esta postura se reflete em padrões decisórios nos quais, por vezes, a própria literalidade do texto normativo é desconsiderada¹⁰, bem como se faz pouco caso de teorias e doutrinas por vezes já consolidadas¹¹. É o conhecimento bruto dos fatos pelo juiz que, mediado apenas por sua atividade intelectual, sem qualquer intersubjetividade, produz uma decisão.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984, p. 470.

⁷ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*, p. 451.

⁸ STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004, p. 126-127.

⁹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da criação do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 145.

¹⁰ Como foi o caso interpretação dada pelo STF em 2016 (HC nº 126.292) quando, violando a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição, considerou possível a prisão imediata de réus condenados em segunda instância mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Registra-se que esta posição foi modificada no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, realizado em 2019.

¹¹ “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. (...)”. Min. Humberto Gomes de Barros no AgReg em ERESP nº 279.889-AL.

Uma outra faceta do problema sobre a fundamentação das decisões é o que se convencionou chamar de ativismo judicial. Um parâmetro para a definição do que seja ativismo judicial pode ser tomado a partir da identificação do que não é ativismo, em um típico raciocínio *a contrario sensu*. Como refere Georges Abboud, não pode ser considerado ativismo judicial o controle de legalidade e constitucionalidade de atos do Poder Legislativo e Executivo, assim como a atuação judicial de matiz contramajoritária visando proteger direitos fundamentais¹². Estas são funções inerentes ao Poder Judiciário em um contexto contemporâneo, onde os ordenamentos jurídicos têm na Constituição seu ápice normativo, de modo que não configuram qualquer anomalia. Aliás, a judicialização, inclusive da política, “é o caminho institucional (natural) para a solução de dissensos sociais e políticos emergentes em sociedades complexas e cada vez mais heterogêneas.”¹³.

Assim, a questão que realmente preocupa no ativismo judicial é a sua falta de limites no processo interpretativo, em que a decisão é um ato de vontade daquele que julga extrapolando os limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos¹⁴. O ativismo, desse modo, não constitui uma atitude que produz apenas uma decisão arbitrária (em seu resultado), mas que contém a arbitrariedade no interior do próprio processo de construção da decisão, pois guiado por uma ausência de fundamentação adequada e onde os elementos de fundamentação utilizados estão fora do âmbito do direito. Os fundamentos jurídicos são substituídos por argumentos econômicos, morais, religiosos, políticos ou ideológicos, os quais são postos de forma arbitrária – porque afastados dos limites do direito democraticamente estabelecido – tendo como consequência uma decisão também arbitrária.

Outro dos problemas relacionados a ausência de uma fundamentação adequada das decisões vem representada pelos mecanismos desenvolvidos para o uso da inteligência artificial em processos e decisões judiciais, os quais prometem ofertar uma “racionalidade” que resultará numa automatização das decisões, proporcionando, ao menos em tese, decisões céleres e padronizadas, cujo fenômeno vem sendo conhecido como jurimetria. Ainda na primeira metade do século XX a *jurimetrics* surge como sendo uma forma de análise científica do direito, isto é, o estudo do direito e dos problemas jurídicos mediante a utilização de métodos e conceitos

¹² ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 45-46.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 47.

¹⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.

científicos em vista do progresso tecnológico do mundo contemporâneo¹⁵. Vale destacar que o avanço da utilização de dados de forma estatística é uma condição da atual sociedade tecnológica e cibernética, que vem bem retratada na figura da sociedade digital do *Big Data* onde as narrativas e a informação são substituídas por números e algoritmos¹⁶.

Apenas para ficar em um exemplo de aplicação da jurimetria pode ser observada a utilização do mecanismo automatizado de identificação de temas de repercussão geral no STF pelo programa Victor, que separa os recursos de acordo com a mesma temática e, em um segundo momento, associa os recursos aos temas de repercussão geral definidos pelo STF, sendo que neste segundo momento os ministros avaliam se há repercussão geral e decidem como o tema deve ser resolvido, decisão esta que não mais se baseia em uma análise analógica e sim mediante uma proposição sumular¹⁷. A proposta, ao que parece, é que a partir desse novo mundo dos dados e das estatísticas haveria não só a possibilidade de explicação do passado e conhecimento do presente, mas também fornecer prognósticos para o futuro, ou como diz Byung-Chul Han, uma espécie de religião política secular que aspira o saber total, o *dataísmo*¹⁸. O que se constata, no entanto, é que esta interpretação/aplicação realizada por meio tecnológico, este *Data Hermes*, apresenta os mesmos problemas de fundamentação no processo de produção de uma decisão judicial.

HERMENÊUTICA, LINGUAGEM E DIREITO

O exame das condições de possibilidade para a construção e produção de uma decisão jurídica, assim como para qualquer decisão, impõe levar em consideração a hermenêutica. Destaca-se que o paradigma hermenêutico aqui utilizado – que serve de fundamento para a proposta de Lenio Streck – é de matriz gadameriana, em que a hermenêutica representa uma teoria filosófica do conhecimento¹⁹ na qual a interpretação acontece como um processo unitário de compreensão, interpretação e aplicação²⁰. Para Gadamer o problema hermenêutico, decorrente da velha tradição hermenêutica, está sistematizado na divisão estanque de atividades que deviam perfazer o modo de realização da compreensão nos quais “distingue-se uma

¹⁵ LEE, Loevinger. Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law. *Minnesota Law Review*, 1961, p. 259.

¹⁶ HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Trad. Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 20-21.

¹⁷ MORAIS, Fausto Santos de. O Uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral: Desafios Teóricos e Éticos. *Revista de Direito Público*, Brasília, nº 100, out./dez., 2021, p. 306-326.

¹⁸ HAN, Byung-Chul. Op. Cit., p. 20.

¹⁹ SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 12.

²⁰ GADAMER, Han-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 460.

subtilitas intelligendi, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e, durante o pietismo, se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação”²¹

Essa nova concepção da hermenêutica (filosófica) pode e deve produzir seus reflexos na própria concepção de hermenêutica jurídica, até mesmo porque não há como compreender o direito sem a filosofia. Assim se pode dizer que a proposta de Gadamer conduz a ideia de que a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios de aptos ao descobrimento da verdade e da certeza jurídicas, mas sim uma filosofia em que o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como um terceiro elemento que se coloca entre o sujeito e o objeto, como se fosse uma mera ferramenta auxiliar, já que é a própria linguagem a condição de possibilidade e constituidora do mundo²².

E aqui releva salientar que o paradigma filosófico da contemporaneidade é a filosofia da linguagem, que suplantou o paradigma da filosofia da consciência e proporcionou uma mudança na forma de compreender o mundo, não mais a partir do sujeito individual e sua consciência e sim a partir da intersubjetividade da linguagem. A partir disso, a racionalidade da compreensão do mundo, e do direito, passa obrigatoriamente pela linguagem.

CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) E A TEORIA DA DECISÃO

Na obra *Jurisdição e Ativismo Judicial*, Clarissa Tassinari sistematiza a CHD a partir dos seguintes elementos: (i) **um novo modelo de conceber o ato interpretativo**, agora sustentado por aportes que vêm da Filosofia, não mais tida como um discurso apenas ornamental, mas sim como um *standard* de racionalidade; (ii) a **responsabilidade política dos juízes**, como agentes inseridos num contexto do Estado Democrático de Direito; (iii) **dever de fundamentação** das decisões como decorrência da responsabilidade política dos juízes; e (iv) direito a **respostas constitucionalmente adequadas**, que implica na obrigatoriedade do cumprimento da Constituição, principalmente considerando sua força normativa a fim de superar a discricionariedade e romper com posturas solipsistas²³.

Estes elementos estruturais conferem uma condição para a compreensão das principais teses que dão suporte à construção teórica desenvolvida por Streck que se caracteriza pelo

²¹ Idem, *ibidem*, p. 459.

²² STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p. 308.

²³ TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio (Org.) *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 149-152.

elemento hermenêutico e coloca enfoque nos problemas da decisão jurídica, o que faz com que a CHD também possa ser interpretada como uma teoria da decisão²⁴.

Cabe assinalar, assim, que a CHD tem como ponto fundamental a hermenêutica, e tem como objetivo que a hermenêutica jurídica seja capaz de proporcionar da solução da tensão entre texto e norma, deixando de ser uma mera teoria ornamental do Direito com a função pragmática de colocar capas de sentido nos textos jurídicos, não havendo como compreender esta complexidade por uma mera dedução que está dissociada dos saberes teóricos da realidade²⁵.

Isso implica em dizer que a teorização que envolve a CHD não visa criar um método, que de modo instrumental serviria como um guia para uma boa (correta) decisão jurídica, mas sim um vetor de racionalidade hermenêutica de cunho jurídico que proporcione critérios para a decisão, ou seja, um conjunto de elementos que, se observados, possibilitam a construção de uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Esse vetor hermenêutico vem basicamente fundado na observância da autonomia do Direito, no respeito à força normativa da Constituição, na não-discrecionalidade do julgador e no dever de fundamentar as decisões.

A RELEVÂNCIA DO QUARTO PRINCÍPIO FUNDANTE DA DECISÃO JURÍDICA NA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A teorização sobre estes princípios vem sendo desenvolvida durante toda a obra de Lenio Streck, que sustenta a existência de determinados princípios que constituem pressupostos básicos, por isso fundantes, da decisão – e que sem eles uma decisão judicial não pode ser considerada uma decisão constitucionalmente adequada. Esses princípios podem assim ser sintetizados: Primeiro princípio – preservar a autonomia do direito; Segundo princípio – controle hermenêutico da interpretação constitucional; Terceiro princípio – efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; Quarto princípio – o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação; e Quinto princípio – o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁶.

O quarto princípio indica que a fundamentação não é apenas um direito subjetivo do cidadão em ver as decisões judiciais justificadas, mas também uma obrigação do Estado, enquanto *locus* emanador de decisões, de externar os fundamentos da decisão. Trata-se, assim,

²⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, p. 33.

²⁵ STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*, p. 133.

²⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, p. 630-650.

de um dever de justificação como decorrência do princípio democrático (art. 1º, *caput*, Constituição Federal) e quem vem explicitado no dever de fundamentação constante do art. 93, IX, Constituição Federal. Uma outra questão é deixar claro que justificar quer dizer fundamentar, e isso vai muito além de um mero motivar, pois as decisões podem ter inúmeros motivos e mesmo assim nenhum deles ter justificativa²⁷. Justificar constitui a externalização da racionalização dos fundamentos fáticos e jurídicos que conferem suporte à decisão, de forma analítica e detalhada, que respeite a autonomia do direito, além de proporcionar “uma espécie de *accountability*”²⁸ sobre as justificativas que conduziram à tomada de decisão.

De todo modo, a fundamentação assume um lugar relevante dentre os princípios hermenêuticos, uma vez que é aquele que implica um dever de externar o conjunto de razões, fáticas e de direito, que compõem a construção da decisão,

Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política.²⁹

Por isso, fundamentar/justificar vai além do mero ato de descrever motivos ou escolhas argumentativas para uma decisão jurídica, exigindo um grau de comprometimento do julgador/decisor com a explicitação detalhada das razões (fáticas e jurídicas) que formam o conjunto de justificativas (a *ratio decidendi*) para a construção de uma solução, observando que esta construção de fundamentos deve ser hermenêuticamente controlada pela autonomia do direito e pela interpretação/aplicação da Constituição – com o reconhecimento de sua força normativa –, de modo que assim seja produzida uma decisão, que mesmo não sendo a melhor ou a única possível, seja minimamente previsível e não-discrecional e, portanto, constitucionalmente adequada.

CONCLUSÕES

A ideia desenvolvida no presente estudo teve como objetivos descrever, de forma ampla, alguns dos problemas observados nas decisões judiciais e, posteriormente, trazer como elementos de compreensão e possibilidade de amenização destes problemas as teses gerais de

²⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*, p. 644.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 645.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 433.

hermenêutica contemporânea e da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, tomando como ponto de análise o quarto princípio fundante da decisão jurídica proposto pela CHD: o dever fundamental de fundamentar as decisões. Nesse contexto, e na busca de respostas epistemológicas aos problemas da decisão judicial, a CHD contribui significativamente para a compreensão de racionalidade jurídica para a construção de decisões constitucionalmente adequadas. A CHD, como uma teoria hermenêutica vinculada ao paradigma da filosofia da linguagem, tem como um de seus fundamentos a ideia de que o processo de interpretação passa pela inseparabilidade do momento de aplicação, o que faz com que o processo interpretativo se dê mediante uma interrelação entre os atos de compreensão, interpretação e aplicação do texto normativo. E mais, essa interpretação/aplicação deve sempre tem como objeto elementos fáticos do mundo vivido, o que acaba por afastar a teoria de um cunho abstrato, ligando-a a solução de problemas concretos existentes na sociedade.

A fundamentação de que trata a CHD distingue-se da simples exigência de motivar a decisão, já que motivar reflete apenas a confirmação e a exteriorização de posições ou preferências pessoais que podem ou não estar em conformidade com a Constituição. E isso é meramente escolher argumentos, ao passo que fundamentar, em um Estado Democrático de Direito, é explicitar de modo detalhado todas as razões fáticas e jurídicas que conduziram a uma decisão. Por isso o ato de decidir não pode ser prévio ao processo de fundamentação da decisão, pois a decisão será, obrigatoriamente, o resultado desse processo. E é nesse processo em que a fundamentação ganha destaque, pois é nela que restarão explicitadas as razões pelas quais a autonomia do direito (e não razões sentimentais, políticas, econômicas, morais ou ideológicas) é respeitada, onde se possibilita aferir a responsabilidade política dos julgadores, bem como identificar a preponderância da normatividade da Constituição, da coerência e da integridade do Direito o que, por fim, conduzirá a decisão constitucionalmente adequada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Han-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Trad. Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Vozes, 2022.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984.

LEE, Loevinger. Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law. *Minnesota Law Review*, 1961, p. 255-275.

MORAIS, Fausto Santos de. O Uso da Inteligência Artificial na Repercussão Geral: Desafios Teóricos e Éticos. *Revista de Direito Público*, Brasília, nº 100, out./dez., 2021.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2004.

STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica – 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da criação do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio. Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W., _____ (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 75-90.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio (Org.) *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 141-161.