O Papel dos Juízes frente aos Desafios do Estado Democrático de Direito

MARCELINO DA SILVA MELEU
Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI-Sto. Ângelo). Professor titular nos cursos de Direito (graduação e especialização) da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Coordenador do curso de especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previndenciário.

O Papel dos Juízes frente aos Desafios do Estado Democrático de Direito

ARRAES EDITORES

Belo Horizonte
2013

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dircêo Torrecillas Ramos
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Florisbal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Mário Lúcio Quintão Soares
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto
Rubens Beçak
Vladmir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2013.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial: Nous Editorial
Revisão: Alexandre Bomfim
Capa: Gustavo Caram e Hugo Soares

Meleu, Marcelino da Silva
M519 O papel dos juízes frente aos desafios do estado democrático de direito / Marcelino da Silva Meleu. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
149p.
ISBN: 978-85-8238-007-9

1. Juiz de direito. 2. Jurisdição - Modelo tradicional. 3. Atividade jurisdicional. I. Título.

CDD: 341.412
CDU: 347.962

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30.140-002
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2013

"Viver é aprender, para ignorar menos; é amar, para nos vincularmos a uma parcela maior da humanidade; é admirar, para compartilhar as excelências da natureza e dos homens; é um empenho em melhorar-se, um incessante afã de elevação em direção a ideais definidos. Muitos nascem, poucos vivem."

José Ingenieros

Este trabalho é dedicado àqueles juízes que compreendem que seu compromisso vai muito além de um ato de julgar.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao Professor Dr. Adalberto Narciso Hommerding, meu orientador durante o Mestrado Acadêmico, a quem devo a possibilidade de apresentar este pequeno ensaio. Este trabalho jamais seria possível sem a sua contribuição e confiança.

À Aleteia, minha esposa, por ter aparecido em minha vida e participado deste importante momento. Ao João Marcelo, meu filho, minha razão de viver.

A todos os amigos, presentes fisicamente ou não, que me auxiliaram e inspiraram na realização deste estudo, especialmente àqueles que, comigo, partilham a esfera mais íntima. Nesse sentido e representando essa classe, meus agradecimentos e homenagem ao Professor Dr. Mauro José Gaglietti.

Agradeço de maneira muito especial aos amigos (professores; colegas e funcionários do Programa de Mestrado da URI-Santo Ângelo) que, de alguma forma, acreditaram neste trabalho.

Sumário

PREFÁCIO XIII

APRESENTAÇÃO XXI

INTRODUÇÃO 1

Capítulo 1
O MODELO TRADICIONAL DE JURISDIÇÃO: UMA SÍNTESE DIDÁTICA DO QUE É A ATIVIDADE JURISDICIONAL 5
1.1 O modelo positivista do Direito 11
1.2 A discricionariedade e o decisionismo 16
1.3 O papel do juiz e as causas da (in)efetividade da jurisdição 22
1.3.1 A "boca da Lei" engolindo as responsabilidades 26
1.3.2 Os modelos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes 33
1.3.3 Do juiz medíocre submetido à rotina ao idealista angustiado 39

Capítulo 2
POSTURAS CONTRAPOSTAS AO MODELO TRADICIONAL 47
2.1 O modelo habermasiano 48
2.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e seu contributo para o problema interpretativo 54

2.3 A proposta de Ronald Dworkin 62

Capítulo 3
A NOVA CRÍTICA DO DIREITO E AS RESPOSTAS CORRETAS..... 71
3.1 A fragilidade da teoria habermasiana e a visão procedimentalista..... 77
3.2 Respostas conteudísticas x respostas procedurais..... 82
3.3 Discricionariedade judicial na legislação processual brasileira 86
3.3.1 A interpretação restritiva do art. 293 do CPC..... 86
3.3.2 O art. 126 do CPC e a aplicação subsidiária de princípios gerais de direito..... 88
3.3.3 Valoração da prova de que trata o art. 405, § 4º, do CPC 89
3.4 Possibilidade e necessidade de respostas corretas em direito, segundo Lenio Streck..... 91
3.4.1 O mito da discricionariedade e/ou subjetividade no ato de julgar..... 97
3.4.2 Pensando na diferença e refutando o falacioso dogma dos *hard cases* 100
3.4.3 Vinculação à efetivação de direitos fundamentais: a Constituição como princípio..... 105

CONSIDERAÇÕES FINAIS 109

REFERÊNCIAS 115

Prefácio

A obra que tenho a alegria e a honra de prefaciar – *O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito* –, de autoria do Professor Marcelino Meleu, tem uma preocupação com a postura a ser adotada pelos juízes no âmbito do Estado Democrático de Direito. A primeira parte da Dissertação de Mestrado de Marcelino, hoje apresentada ao público como livro, trata de desenvolver uma análise didática do que se entende atualmente por jurisdição. Se a jurisdição, como bem pontua o autor, não mais corresponde à jurisdição do Estado Liberal (acrescentaria, ainda, a jurisdição do Estado Social), ganhando roupagens, pois, de "jurisdição constitucional", o papel dos juízes também deixa de ser o de meramente "declarar" ou "clarificar" a "vontade da lei" – ou, ainda, a "vontade do intérprete" –, passando a ser o de produzir "boas respostas" (como defendem, por exemplo, Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, e Lenio Luiz Streck, no Brasil), evitando, com isso, cair na "mediocridade" (termo este que o autor busca em Jose Ingenieros) dos decisionismos, por assim dizer.

Esse câmbio paradigmático passa, sobretudo, por um questionamento acerca do que representam para a jurisdição – por consequência, para o direito – o positivismo e suas principais características, dentre elas, em especial, a discricionariedade judicial, presente em autores como Hans Kelsen e Herbert Hart, e combatida principalmente por Ronald Dworkin em sua crítica a Hart. O que o Professor Marcelino vê muito bem – e as li-

ções que adota são basicamente aquelas que o Professor Lenio Luiz Streck vem defendendo em sua "Crítica Hermenêutica do Direito" (ou "Nova Crítica do Direito") – é que, no Estado Democrático de Direito, os juízes, ao entenderem que interpretar a lei é um "ato de vontade", como queria Kelsen, terminam por fragilizar a própria democracia, pois acabam caindo no chamado "decisionismo judicial".

Assim, um aspecto importante no que diz respeito à problemática da (in)efetividade da jurisdição faz-se presente na ideia de que, mais que reformas nos códigos de processo, necessitamos de uma reavaliação da responsabilidade dos juízes, que não mais pode ser "transferida" (à moda do "caso Eichmann", trabalhado por Hannah Arendt) a outras instâncias. Ancorado nas lições do saudoso Professor Ovídio Baptista da Silva, Marcelino demonstra que é ilusório pensar que eventuais injustiças devem ser atribuídas ao legislador. É que, como dizia Ovídio, o sistema processual permite ao juiz a "ilusão" de que não necessita ser responsável, já que, aplicando a "vontade da lei", a injustiça da decisão fica por conta dos legisladores. E é essa ilusão "racionalista" e "formalista" que deve ser combatida se quisermos banir os decisionismos e arbitrariedades cometidos nas decisões judiciais. Afinal de contas, como ensina Lenio Streck, nas pegadas de Hans-Georg Gadamer, juízes não podem "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa". Dito de outro modo, os juízes vinculam-se à Constituição que estabelece as condições do agir político-estatal no Estado Democrático de Direito. Por isso é que discussões como "vontade da lei" ou "vontade do legislador", por exemplo, terminam por subtrair de eventuais análises a questão da responsabilidade dos juízes, que deixam, assim, de tomar consciência da história efeitual (Gadamer) quando do momento da aplicação do direito.

Um ponto de destaque na obra de Meleu e que faz parte do segundo momento do texto é o da distinção entre os modelos de juízes (Júpiter, Hércules e Hermes), tese apresentada por François Ost e que, consoante Marcelino, possibilita identificar aqueles juízes submetidos a rotinas e os que vivem na "angústia" (no sentido tratado por Martin Heidegger).

O juiz Júpiter representa o modelo liberal-legal. É o juiz do direito codificado, articulado de forma hierárquica e piramidal, reduzido à simplicidade de uma "obra única". Sua atuação baseia-se na ideia de legalidade como condição necessária e suficiente para validar a regra; é uma atuação racionalizada, dedutiva, linear, solucionando conflitos a partir da dedução de regras gerais, em suma. Já o juiz Hércules é aquele que leva em

consideração a tradição moral da comunidade. Hércules é um juiz "superior", pois tem capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade, guiando-se pelo princípio da "integridade" para prestar jurisdição. É pela integridade que "enxerga" o direito em sua completude, de forma coerente e estruturada. Para Hércules, o Direito é um fenômeno complexo. Segundo Ost, no entanto, Hércules pecaria por ser "monopolizador" da jurisdição, caindo, então, no decisionismo porque pretende regular judicialmente "interesses privativos" ao invés de simplesmente assegurar a "aplicação mais correta da lei". Por fim, o juiz Hermes é aquele que trabalha "em rede", considerando o Direito em todas as suas possibilidades, com combinação infinita de poderes interligados, de atores e regras, que não se deixa "aprisionar" por um código ou uma decisão. Em suma, conforme Ost, Júpiter vincular-se-ia às convenções; Hércules, ao decisionismo; Hermes, ao caráter "reflexivo" da jurisdição.

Marcelino Meleu busca apoio em Lenio Streck para criticar alguns dos ataques promovidos por Ost à figura de Hércules, em especial. Isso porque – e essa é a conclusão a que se chega ao ler a obra de Marcelino –, no Estado Democrático de Direito, o positivismo se enfraquece e dá lugar aos princípios que, por sua vez, permitem o encontro do Direito com a moral, como defende, por exemplo, o Professor Lenio. Nesse sentido – e a crítica aqui também vem de Streck –, Hércules é a antítese do juiz discricionário, solipsista e assistencialista, porque entende que a prática do direito deve pautar-se pela coerência e integridade, o que Ost não consegue ver. Para concluir o ponto, Marcelino Meleu invoca a figura do juiz "medíocre", burocrático, sem atitude e, portanto, irresponsável. O juiz medíocre submete-se à rotina e, ainda que entenda que fazer justiça é seu dever, cumpre o "triste ofício" de jamais efetivá-la. Ao contrário, diz Marcelino com base em Ingenieros, muitas vezes a dificulta. Como contraponto ao juiz medíocre, Meleu apresenta o juiz "idealista angustiado", jamais imparcial frente à Constituição e que jamais se "esconde" atrás da norma, esta no sentido de regra.

A terceira parte da obra de Marcelino dá ênfase a algumas posturas contrapostas ao pensamento jurídico tradicional acerca do modo de ver/interpretar o Direito. Dentre essas propostas, o autor opta por sintetizar as de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, não esquecendo, porém, de que a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer funciona como condição de possibilidade para a interpretação do Direito. Daí por que, após apresentar sinteticamente o pensamento de Habermas, antes de pas-

sar à exposição resumida das ideias de Dworkin, o autor faz um apanhado do pensamento de Gadamer, cuja contribuição hermenêutica ainda não ganhou a devida valorização que merece.

Na síntese de Meleu, que angaria subsídios, dentre outras, nas obras dos Professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Rogério Gesta Leal no Brasil, e Manuel Atienza na Espanha, Habermas apresenta uma teoria discursiva como alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro para a civilização. Habermas elabora uma teoria que, mais que descritiva, tem pretensões normativas, indo ao encontro das condições necessárias para a legitimação democrática do direito.

No modelo habermasiano, o mundo da vida não está subsumido nos sistemas político e econômico. O Direito, assim, tem um papel fundamental, uma vez que a evolução dos sistemas e o seu desacoplamento do mundo da vida somente podem ocorrer satisfatoriamente se a moral e o direito estiverem elevados a um alto grau de evolução, a ponto de propiciar a integração social. Os sistemas, porém, permanecem ligados ao mundo da vida, não atuando de modo fechado. E quem propicia essa ligação é o direito formal.

Para Habermas, o Direito, por vezes, acaba por se projetar sobre o mundo da vida. No entanto, o Direito deve romper com a lógica da projeção dos sistemas sobre o mundo da vida, configurando-se, então, como um instrumento de garantia social que possibilite às demandas do mundo da vida se mostrarem perceptíveis aos sistemas político e econômico. Se o Direito pode apresentar-se também como um "colonizador" do mundo da vida, mais que isso, pode ser um meio de "codificação de garantias".

Habermas tem uma preocupação com a emancipação humana e com a viabilização de uma civilidade humanista, cuja normatização pelo Direito deve compreender a validade social das normas jurídicas. Sua teoria social preocupa-se, pois, com o processo democrático de formação do direito e vê como fundamento do direito a teoria do discurso, a ação comunicativa, cuja compreensão adequada possibilita encontrar as bases normativas para uma teoria social crítica distanciada, assim, do paradigma positivista. O direito entra em contato com a moral no momento do processo de formação democrática da legislação. Ali é que tem lugar a transformação jurídica dos conteúdos morais, ou, melhor, do significado dos conteúdos morais. A validade das leis ancora-se na normatização do direito. Na aplicação das leis, por sua vez, os participantes do processo de decisão devem fornecer os contributos para o discurso, pois os juízes

devem manter-se imparciais para não perturbarem os espaços de formação democrática do direito. Por isso é que, segundo Habermas, na aplicação do direito só deve ser admitida a utilização de princípios se esses forem inseridos como "critério de decisão" a partir do momento mesmo do processo democrático de formação da legislação.

Por sua vez, Hans-Georg Gadamer, discípulo de Martin Heidegger, é quem procura repensar a problemática hermenêutica. Gadamer tem uma preocupação com a elaboração da "situação hermenêutica", que leva em conta a obtenção do "horizonte de questionamento correto" para as questões que se colocam frente à tradição.

A hermenêutica gadameriana, no resumo de Meleu, adotando as palavras do próprio Gadamer, pretende estabelecer uma atitude de pensamento não dogmática e que possibilite uma visão acerca do que significa o pensar e o conhecer para o homem na vida prática, colocando-se no lugar do "outro" para poder compreendê-lo. Para Gadamer, é na tradição que somos e que podemos vir a ser. Significa dizer que o homem tem de estar num diálogo interpretativo com a tradição, pois nela sempre está inserido. A tradição só pode ser compreendida se houver um horizonte histórico. Esse horizonte histórico não é uma "volta ao passado", uma abstração de si, mas um deslocamento à situação de outro homem para compreendê-lo. O horizonte do presente está em constante formação, inexistindo horizontes históricos e presentes como meros "objetos" de conquista. Afinal de contas, compreender é sempre o processo de fusão de horizontes dados por si mesmos. O comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte distinto do presente. É a consciência histórica que destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. A consciência histórica, nas palavras de Gadamer, é o momento em que se realiza a compreensão, uma espécie de "superposição sobre a tradição que continua atuante".

Em suma, o ponto de destaque da obra de Hans-Georg Gadamer é o da aplicação, pois, para ele, compreensão, interpretação e aplicação não são processos partidos, mas momentos cuja conjugação propicia a realização da compreensão. Dito de outro modo, aplicação de um texto sempre é compreensão, e vice-versa, o que faz com que a hermenêutica filosófica seja algo totalmente distinto da hermenêutica romântica, que não conseguia englobar na compreensão o momento da aplicação.

Essa ideia de que aplicação é compreensão e que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete traz ganhos significativos para a hermenêutica

jurídica, a qual, desde Gadamer, passa a ser entendida como um processo unitário que leva em consideração a pré-compreensão do intérprete – afinal de contas, nunca se aborda um texto sem o uso das pré-compreensões –, não se limitando, então, a revelar ou descrever o fenômeno interpretação ou mesmo a ação de pressuposição do intérprete, mas procurando adequá-lo ao "bem entender", a ter uma compreensão adequada de um texto.

A proposta de Ronald Dworkin, crítico de Herbert Hart, tem em sua base a ideia de que é possível obter uma resposta correta para cada caso. O direito, em Dworkin, não é apenas um sistema de regras com testes de pedigree, como defende Hart, mas de princípios. Enquanto para Hart uma norma tem reconhecida sua validez social pela referência a uma regra de reconhecimento, de onde derivam todas as demais, para Dworkin a validade do direito está na moral, que, segundo o Professor Lenio Luiz Streck, discípulo de Dworkin, é institucionalizada no direito pelos princípios. Os juízes, assim, quando decidem, lançam mão de princípios, e não apenas de regras pré-estabelecidas, válidas ou não, de acordo ou não com uma norma de reconhecimento considerada como um teste de *pedigree*.

O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa; é um "conceito interpretativo" e nele sempre há a possibilidade de uma boa resposta, de uma resposta correta, o que inviabiliza que os juízes possam decidir com discricionariedade, pois a decisão deve estar fundamentada e justificada em conformidade com os princípios. Afinal de contas, uma "ação" só é justificada no direito se for "moralmente" justificada. O direito, assim, tem um compromisso, sobretudo, com a igualdade (isonomia de respeito e consideração) e com a integridade. Juízes não podem decidir contra a democracia, pois não são legisladores. Por isso a jurisdição é o foro dos princípios, e não da política. Princípios são padrões, exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moral, e possuem uma dimensão de peso, de importância. Decisão jurídica que não "aplique" princípios não seria "verdadeira" decisão. Daí por que justiça, equidade e devido processo legal sempre estão imbricados na aplicação do direito, o que evita a carência de integridade no momento mesmo da aplicação do direito. O juiz Hércules é o modelo de juiz adotado por Dworkin. É Hércules quem consegue questionar o sistema de princípios estabelecido, sendo capaz de desenvolver uma teoria política completa que justifique a Constituição como um todo, elaborando uma teoria constitucional em suas decisões.

Por fim, na quarta e última parte, o autor posiciona-se no sentido de que se faz necessário aos juízes substituir a "mediocridade" pelo "com-

prometimento". E chega a essa conclusão passando, primeiramente, pela análise do que significam o caráter "positivo" da Constituição e a "concretização constitucional", o que faz com o apoio de Konrad Hesse, salientando, como salientei em meu *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007), a importância de uma "revolução qualitativa" na compreensão/interpretação/aplicação do direito. Aí fica visível a opção de Meleu pela vertente capitaneada por Lenio Luiz Streck quando este propõe uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e uma nova teoria da interpretação para fazer frente às dificuldades impostas pelo déficit do direito na sociedade multicultural.

Nessa perspectiva, a Constituição deve ser vista como algo que ganha vida quando o empenho em realizá-la passa a guardar estreita relação com os princípios. É a Constituição, assim, um produto permanente do processo político, que se desenvolve por meio das vivências e atos concretos de sentido, como defendem, entre outros, constitucionalistas do porte de Konrad Hesse e Jorge Miranda. A hermenêutica, nesse aspecto, não mais entendida como um método, mas como uma condição do modo-de-ser-no-mundo (Heidegger), é que irá contribuir para que possamos compreender (autenticamente) qual o papel da Constituição, dos juízes e, consequentemente, da jurisdição.

Marcelino, então, passa a se posicionar contra a ideia procedimentalista habermasiana que, no dizer de Streck, elimina a pré-compreensão, propondo uma resposta dependente de uma obediência à "forma" da argumentação, fazendo com que a validade do direito não se ancore em princípios, conteudisticamente, mas procedimentalmente. Afinal de contas, para Habermas são os participantes de uma determinada situação que devem ser os autores da validade do discurso e, portanto, da validade do direito. E isso se dá modo procedimento. Como a resposta em Habermas ocorre pelo "encontro de vontades", pela "produção de consenso", há um esquecimento da conteudística, atribuindo-se indevida prevalência a regras jurídicas em detrimento dos princípios. Nessa senda, o fortalecimento do direito (e dos direitos) depende muito mais de respostas corretas do que de procedimentos. A jurisdição, pois, como adverte Marcelino Meleu, passa a se redimensionar, voltando-se para uma prática jurídica que não pode sonegar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais. Isso implica superar o mito da discricionariedade e revisitar o papel dos juízes, fazendo com que assumam a responsabilidade política de que são detentores. Dito

de outro modo, a postura medíocre converte-se em postura "angustiada", "idealista" e "comprometida" com o novo paradigma do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, assim, de obra comprometida com uma nova visão do direito que, nos lindes do Estado Democrático de Direito, passa a ter caráter de transformador social (Streck). Por isso e pelo mérito do autor em abordar tema de tamanha relevância, merece cuidadosa e integral leitura.

De Santa Rosa, Rio Grande do Sul, em 12 de outubro de 2012, feriado do Dia de Nossa Senhora de Aparecida, para Chapecó/Santa Catarina.

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING
Professor Doutor em Direito pela Unisinos/RS
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha
Juiz de Direito

Apresentação

Por que em certas situações um juiz pode vir a se considerar um deus (ou ser considerado pelo outros um deus)? A faculdade de decidir sobre a vida dos outros tem (ou não tem), ao que parece, incidido fortemente na formação de uma cultura que cimenta essa crença. Um dos principais paradoxos do Direito, ao que tudo indica, é que muitos operadores acreditam que podem tudo e, ao mesmo tempo, pensam isso na exata proporção da ampliação exagerada do Direito, na medida em que vários planos da vida passam a ser judicializados. As demandas associadas aos medicamentos, o que acontece em uma família, a falta de afeto, a ausência de cuidados com as crianças e os idosos, são exemplos que povoam o cenário do cotidiano dos brasileiros. Nesse caso, o paradoxo reside precisamente nesse lugar localizado entre acreditar que se pode tudo e a impossibilidade do Direito resolver todas as questões da vida. Pergunta-se, então, e se os "deuses" resolvessem retornar à Terra?

Do alto do Olimpo, os deuses observam os humanos. Eles gostariam de estar no lugar dos humanos, capazes de amar, de lutar, ter filhos, estudar, viver e, por fim, morrer. Os deuses chegam a invejar, inclusive, o sofrimento dos seres humanos. Porque é sofrendo que podem exercer sua liberdade de sentir.

Os deuses imaginam que, se tivessem apenas mais uma chance, poderiam, ao menos, viver de maneira única. Então, alguns deles recorrem a Zeus. Zeus gostaria de poder descer ao mundo dos homens novamente.

Ao menos mais uma vez experimentar como é ser humano, como é sentir a vida sendo um deles. E Zeus, assim, sempre concede o desejo àqueles que lhe pedem.

Descendo ao mundo, os deuses caem no sono do esquecimento. Pelo seu nascimento, apagam-se completamente da memória seus dons divinos. Passam a ser simples seres humanos, espalhados pelo planeta, num bairro, em cidades diferentes, escondidos em uma pequena casa, na família. Perdidos no mundo, eles pensam ser comuns como os demais seres, e vivem a experiência cíclica, descobrem os primeiros amores, o apego, o medo, a traição, o peso da amizade, a saudade e o que é sofrer. Entretanto, alguns deles, dependendo de seu destino e de suas escolhas pessoais, começam lentamente a descobrir suas características divinas. Pouco a pouco, voltam a descobrir tudo aquilo que faziam no Olimpo.

O ressurgimento desse poder é silencioso, surpreendente, criativo. Como os deuses, eles passam a criar um mundo ao seu redor completamente diferente. Alguns deles sabem seduzir, outros, lutar, alguns cantam, outros tocam instrumentos, alguns são capazes de pintar, outros de dar preleções, amealhar centenas de pessoas ao seu redor. Os deuses na Terra continuam mundanos, mesmo sendo divinos. Por meio de seus dons mais puros, despertam os demais seres humanos de seu sono. Fazem-nos sentir cada vez mais fundo.

Vivendo, continuam sujeitos ao prazer e ao sofrimento, aos amores temporários, às paixões e aos enganos, à vida e à morte. Mas os deuses são pessoas diferentes, seus olhos têm um brilho, deles emana uma luz de qualidade única; é como se, em meio ao mundo, pudessem sempre sorrir, sempre derramar sua singularidade; são acima das leis inventadas pelos humanos, possuem uma moral diferente, um estado de ser completo.

Assim, os deuses oferecem ao mundo a proposta de que é possível viver a vida com coragem intensa. Eles estão dispostos a tudo para ter a experiência maior do viver. São capazes de demonstrar grande especialidade.

Entretanto, todos os deuses que descem têm sempre um ponto fraco, um "calcanhar de Aquiles". É neste ponto que reside a beleza de sua humanidade, de sua fraqueza, o que os torna demasiado humanos. Alguns acabam vencidos pelo mundo, outros vencem-no, mas todos os deuses deixam suas marcas sobre a Terra. Todos eles nunca passam despercebidos, até mesmo as plantas e os animais se curvam à sua beleza. Quando os deuses decidem descer, devemos abrir todos os nossos sentidos.

Essa já conhecida passagem da literatura universal enseja o retorno a um convite do autor do livro ***O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito***. Ao ser convidado para escrever o texto de apresentação desta bela e oportuna obra, lembrei-me de que o agora Professor Marcelino da Silva Meleu, há seis anos foi um dos mais brilhantes alunos no Mestrado em Direito da URI, em Santo Ângelo, e, em 2008, iniciou sua primeira experiência docente junto à Faculdade Meridional (IMED) em Passo Fundo. Nessa instituição, o Professor Meleu, além das disciplinas que ministrou no âmbito da Graduação e da Pós-Graduação, na esfera dos Cursos de Especializações, coordenou o NUJUR (Núcleo de Prática Jurídica), no qual provocou uma revolução silenciosa no que se refere ao acesso à justiça na região Norte do Rio Grande do Sul, focada nos métodos não adversariais de tratamento de conflitos, sobretudo na mediação de conflitos. Em seguida, envolveu-se diretamente – e com participação decisiva – com o Projeto Pacificar, no qual a IMED obteve o quarto lugar no país, e, também, com o Projeto Justiça Comunitária, parceria entre o Ministério da Justiça, a Prefeitura Municipal de Passo Fundo e o Curso de Direito da IMED. Ambos os projetos foram coordenados por mim.

Lembro-me, ainda, de que, entre o Mestrado e o seu posterior ingresso no Doutorado em Direito na UNISINOS, o Professor Meleu sempre buscou inspiração em Luis Alberto Warat, que em suas reflexões percebeu desde logo que a sensibilidade estava ausente nas práticas jurídicas. Afirmava ele que, caso os juristas fossem sensíveis, já teriam desenvolvido uma percepção das problemáticas das pessoas envolvidas nos conflitos e não processual considerariam os processos apenas como algo formal e burocrático, submetidos a uma legislação que diz mais que a vida, que os sentimentos e afetos que estão sendo tratados. O que ocorre é que as crenças que fundam o imaginário instituído dos juristas se baseiam na ideia de que a justiça é neutra; que o juiz tem que ser insensível e racional. As escolas de Direito não prepararam, nas últimas décadas, os graduandos, futuros profissionais do Direito, para compreenderem o sentido da Constituição Federal, sobretudo aqueles aspectos referentes à gestão dos conflitos sociais de sociedades complexas como a nossa. Assim, verifica-se que o estudante de Direito, já na sua formação, internaliza hábitos que lhe marcam o corpo como se fosse neutro, quando deveria ser o contrário.

Desse modo, nota-se que o Professor Marcelino da Silva Meleu extraiu da sua percepção da realidade – como advogado militante no âmbito

trabalhista – elementos que já estavam presentes em suas colocações em sala de aula e na sua atuação como Professor na IMED, os principais suportes intelectuais que constam da sua Dissertação de Mestrado orientada pelo Juiz de Direito e Doutor em Direito Adalberto Narciso Hommerding, e suportes esses que se fazem presentes no livro *O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*.

Percebe-se, nesses termos, que o autor em foco tem buscado, ao longo de sua trajetória, o resgate sensível da condição humana, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana diante do ato de decidir no interior do Poder Judiciário. Dessa forma, extrai-se que a tutela jurídica, no seu sentido mais amplo, corresponde à proteção que o Estado confere aos seres humanos para a efetivação de situações éticas e desejáveis segundo os valores vigentes em determinada sociedade, tanto no que diz respeito ao patrimônio, quanto com relação à convivência com outros membros da sociedade.

Observa-se, dessa maneira, que o autor é portador de uma visão segundo a qual a tutela jurisdicional compreende o atendimento de uma situação jurídica amparada pelo ordenamento do Estado nacional, uma vez que o mais significativo é que o sistema processual ofereça aos litigantes resultados justos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, não se limitando a um acesso formal que não tem tido eficácia e eficiência no que se refere aos melhores parâmetros da Administração do Judiciário. Em outros termos, não significa apenas oferecer mero ingresso em juízo, mas reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis. Portanto, tal tutela representa o resultado de um processo que se revela pelo atuar decorrente da prestação jurisdicional, uma vez que a garantia constitucional do *devido processo legal* propiciou um sistema de proteção aos litigantes para o processo oferecer acesso à ordem jurídica justa.

Somam-se a tais impressões outras, agora associadas ao texto que está ancorado em um excelente suporte metodológico, contando com um sólido referencial teórico. No primeiro caso, conta-se com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, sobretudo, com o Código de Processo Civil, olhando com lentes que vinculam a efetivação de direitos fundamentais à Constituição Federal como princípio. No segundo caso, os conceitos valorizados são aqueles que mais dizem respeito aos autores que se associam à hermenêutica. Por essas razões, asseguram-se e se avalizam todas as linhas traçadas aos leitores iniciantes – no âmbito das ciências sociais e jurídicas – e, ao mesmo tempo, o presente estudo apresenta

aos pesquisadores – que há muito tempo se debruçam sobre a temática em foco – novos desafios que navegam no circuito dos que ousam pensar o acesso à justiça, a gestão dos conflitos, o modo e os procedimentos dos juízes decidirem, bem como os passos mínimos e necessários para a elaboração de proposituras no que se convencionou denominar de "administração da justiça".

Marcelino Meleu atesta que o ato de interpretar representa um dever constitucional. Para fundamentar a assertiva, busca como suporte a Constituição de 1988 que, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, institui, assim, novo valor que confere suporte axiológico ao sistema jurídico, em sua totalidade, que deve ser levado em conta ao interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento nacional. Por isso, todo ato interpretativo, portanto, de aplicação, constitui ato de jurisdição constitucional. Dessa forma, na aplicação da regra, deve o intérprete verificar (mesmo quando o problema pareça estar resolvido mediante a aplicação de regras) se o princípio que originou a regra não aponta em outra direção.

Tal distinção se faz necessária, uma vez que ainda persiste uma dualidade no que tange à visão de direito (uma vinculada à tradição do Estado – positivista – Liberal, e outra, ao Estado Democrático de Direito). Nesse sentido, verifica-se que a visão vinculada ao modelo positivista-liberal volta-se para o passado, pensa em segurança jurídica individual, sem se preocupar com a efetivação de direitos sociais, ao passo que a visão no Estado Democrático de Direito tem preocupação tanto com a proteção individual, quanto com a defesa das prerrogativas de direitos e garantias fundamentais, incluindo-se, assim, também os direitos sociais, coletivos e difusos, com uma perspectiva de futuro, sem se esquecer do histórico passado e presente.

Por fim, assinala-se que o leitor e a leitora poderão encontrar neste livro algumas pegadas muito interessantes e sensíveis para responder as seguintes indagações: governo das leis ou governo dos juízes? Os juízes conseguem ser imparciais? Os profissionais do Direito conseguem ser imparciais? Eles devem ser imparciais? É possível ser imparcial?

Há uma questão anterior: se vamos modificar a história de que o juiz é aquele que decide, a imparcialidade perde o sentido. Porque, no fundo, o problema não é a imparcialidade, e, sim, a arbitrariedade. A sensibilidade permite ao juiz tomar a consciência de que não deve ser insensível. A imparcialidade significa tomar distância e eu creio que estamos buscando,

por intermédio do trabalho de sensibilização, implicar o juiz no conflito, e não afastá-lo. Não criar uma distância do conflito para que ele decida, mas se implicar para decidir.

Acredita-se que está perdendo relevância conceitual a ideia de imparcialidade. Isso é coisa da modernidade.

Cabe destacar que existem hábitos, comportamentos familiares. Warat, no Café Filosófico realizado em Passo Fundo em 2009, salientou – quando indagado sobre a interpretação do Direito – que a fonte do Direito eram "as sogras dos juízes". Porque todos os valores familiares, tudo o que o magistrado escuta em uma conversa com seus familiares, toda a sua trajetória de vida, o trauma do nascimento, a vontade de poder, a necessidade de reconhecimento social, todos os complexos aspectos ocorridos desde a infância até a fase adulta se refletem na sentença, ainda que de forma inconsciente. Se Freud e Jung estiverem certos, somos comandados por nosso inconsciente. Existe o inconsciente que informa uma determinada maneira de decidir, ainda que quem decide não esteja consciente disso. Ele internaliza hábitos de um segmento social e, quando decide, os hábitos falam. Depreende-se, nesses termos, que o juiz não é imparcial, na medida em que se encontra condicionado pela sua cultura, pelo seu sistema de valores e suas crenças. Ademais, o juiz tem todas as internalizações ideológicas calcadas na máxima de que *cada ponto de vista é a vista de um ponto.* Assim, a tutela jurisdicional é espécie do gênero jurisdição e àquela compete o agir do intérprete.

Diante desse papel atribuído ao magistrado, o leitor encontrará, no presente texto, uma análise sobre a contribuição dos juízes para a efetividade (ou inefetividade) da jurisdição, a partir do paradigma hermenêutico no qual o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier, como também não escolhe o que seja caso fácil e caso difícil, na medida em que lhe cabe colocar em prática uma jurisdição constitucional.

PROF. DR. MAURO GAGLIETTI
Professor e Pesquisador do Mestrado em Direito da URI
(Santo Ângelo, RS)
Professor dos Cursos de Graduação em Direito da IMED
(Passo Fundo, RS) e da URI (Santo Ângelo)
Coordenador do Curso de Pós-Graduação (Especialização)
em Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa da IMED

Introdução

Uma das preocupações da contemporaneidade ainda guarda respeito ao efetivo acesso à Justiça. Acesso este que continua a perpassar ondas renovatórias (Cappelletti) e acaba por refletir o sentido não há que se confundir jurisdição com tutela jurisdicional, pois esta compreende o atendimento dogmático atual de jurisdição, o qual trata esta última como sinônimo de prestação jurisdicional.

Nesse sentido, ao afirmar, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o Estado cria uma norma que pretende garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva.

Identificada essa preocupação, optamos por iniciar a abordagem do presente trabalho com uma análise do modelo atual de jurisdição, que se apresenta como uma atividade de monopólio estatal exercida pelos juízes e distinta das funções de administração e produção de leis, mas que se mostra, ainda, como uma atividade meramente declaratória.

Contudo, de uma situação jurídica amparada pelo ordenamento pátrio. Parcela significativa da doutrina ressalta que a tutela jurisdicional não é mero exercício de jurisdição, uma vez que, o importante não é oferecer mero ingresso em juízo, mas, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis, importa que o sistema processual ofereça aos litigantes resultados justos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, não se limitando a um acesso formal e inefetivo (Dinamarco; Cappelletti).

Dessa forma, extrai-se que a tutela jurídica, no seu sentido mais amplo, corresponde à proteção que o Estado confere ao homem para a efetivação de situações éticas e desejáveis segundo os valores vigentes em determinada sociedade, tanto no que diz respeito a patrimônio, quanto com relação à convivência com outros membros da sociedade.

Tal tutela representa, portanto, o resultado de um processo que se revela pelo atuar decorrente da prestação jurisdicional, uma vez que a garantia constitucional do *devido processo legal* nos trouxe um sistema de proteção aos litigantes para o processo oferecer acesso à ordem jurídica justa.

Assim, a tutela jurisdicional é espécie do gênero jurisdição, e aquela compete ao agir do intérprete. Diante desse papel atribuído ao magistrado, elegemos, no presente texto, uma análise sobre a contribuição dos juízes para a (in)efetividade da jurisdição, a partir do paradigma hermenêutico, no qual o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier, como também não escolhe o que seja caso fácil e caso difícil (Streck), pois cabe-lhe realizar/concretizar uma jurisdição constitucional.

Essa proteção judiciária dos direitos fundamentais dos cidadãos (jurisdicionados) é, aliás, uma das promessas trazidas pelo Estado Democrático de Direito, o qual se contrapõe ao modelo positivista, que distingue fundamentação-interpretação-aplicação. Nesse sentido, colacionamos, no corpo do trabalho, uma síntese dos pensamentos de Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

Ao final da abordagem do modelo positivista, inicia-se uma análise do modelo contraposto àquele paradigma, apresentando sucintamente as ideias de Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin.

Com o presente trabalho, é possível identificar que, no modelo habermasiano, o direito tem papel fundamental, visto que a evolução dos sistemas e o seu desacoplamento do mundo da vida somente podem ocorrer satisfatoriamente se moral e direito estiverem elevados a um alto grau de evolução, a ponto de propiciar a integração social. Todavia, essa cisão não significa que os sistemas atuem de modo fechado operacionalmente.

A partir de Gadamer, reconhece-se que a hermenêutica é uma tarefa que se realiza com sua pré-compreensão, através da qual o homem se aproxima de um texto para interpretá-lo. Dessa forma, a hermenêutica pode ser entendida como o conjunto de preconceitos e expectativas, e representa em Gadamer a primeira de todas as condições hermenêuticas.

Assim, cabe a Hans-Georg Gadamer a reabilitação dos preconceitos. Essa é uma importante contribuição para a hermenêutica, que se ergue

após a negativa conotação que as pré-compreensões receberam do Iluminismo como herança. A teoria hermenêutica apresentada e desenvolvida por Gadamer não se limita a revelar o fenômeno interpretação ou apenas a descrever a ação de pressuposição do intérprete, mas procura adequá-lo ao bem entender, a ter uma compreensão adequada de um texto e das pré-compreensões.

Após a análise dos pensamentos habermasiano e gadameriano, o texto apresenta o pensamento de Ronald Dworkin, evidenciando a tese deste, a qual coloca em evidência um sistema de princípios, uma vez que, para ele, os princípios estão acima da prática e são elementos em relação aos quais os aplicadores do direito e jurisdicionados estão atrelados. Assim, Dworkin defende que, ao se deparar com um *caso difícil*, o juiz deve apresentar uma decisão, fundada em padrões prévios de conduta, denominados, pelo autor, princípios jurídicos. Somente com a observância desses princípios, quando do julgamento, estaria o magistrado proferindo uma resposta correta ao caso que lhe cabe julgar.

A análise dos princípios reveste-se de questão contemporânea, pois aqueles assumem importância vital para ordenamentos jurídicos, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições Contemporâneas, em que aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio (Bonavides).

Em que pese a importância das propostas acima destacadas, verifica-se que estas, segundo a Nova Crítica do Direito (capitaneada por Lenio Luiz Streck), não apresentam uma correta compreensão da Teoria do Direito. Desse modo, o texto aborda a contribuição dessa nova escola que, sob o prisma da hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger, considera que o processo interpretativo é único e se dá por meio da conjunção compreensão-interpretação-aplicação, a fim de analisar os desafios das respostas corretas em direito ambientadas em um Estado Democrático de Direito.

A partir desse desafio e diante do novo cenário inserido após a instituição do Estado Democrático no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, indaga-se: cabe aos juízes lançar mão de discricionariedades e/ou decisionismos ao concretizar direitos (aplicação)? Esse é um dos principais (se não o principal) questionamentos que tentaremos responder na presente pesquisa, com as razões que seguem.

Capítulo 1

O Modelo Tradicional de Jurisdição Uma Síntese Didática do que é a Atividade Jurisdicional

A jurisdição – do latim *jurisdictio*: ditar ou dizer o direito – constitui-se como uma das funções do Estado, também podendo ser entendida, no modelo atual, como sinônimo de prestação jurisdicional, pois se trata de atividade conferida ao Poder Judiciário como poder autônomo do Estado, revestindo-se, assim, da roupagem de um "poder de aplicar o direito conferido aos magistrados".[1]

Todavia, essa ideia está ligada ao Estado moderno, uma vez que, na Antiguidade, o direito era concebido como uma vontade divina, revelada pelos sacerdotes, portanto apartado do Estado, que não o produzia, nem o regulava, visto que não criava normas regulamentadoras. A atividade exercida pelos pontífices nesse período é questionada no que tange à sua adjetivação como atividade jurisdicional.

Nesse sentido, refere Ovídio Baptista da Silva[2] que

> A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.

---

1 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994, p. 748.

2 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil:** processo de conhecimento. v. 1. 6. ed. São Paulo, 2002, p. 24.

Com o surgimento do Estado Liberal, a jurisdição passou a caracterizar-se pela mera declaração do Direito proposto pelo legislador, em um panorama no qual era vedado ao juiz interpretar a lei. Na teoria de Montesquieu[3] (que propunha a separação do poder de julgar do Legislativo e do Executivo), pretendia-se evitar a arbitrariedade de concentrar em um único indivíduo o poder de legislar e julgar, e de oprimir, caso também se investisse do Poder Executivo.

Tal teoria, no entanto, apesar de evitar a concentração de poderes, restringia aqueles dos juízes, pois estes "não são [...] mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor".[4]

Dessa forma, a jurisdição restringia-se à mera atividade declaratória, o que acabou por influenciar as concepções futuras acerca do Direito. Nesse sentido, podemos verificar na obra de Chiovenda[5] que a jurisdição consistia na "função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da contexto substituição [..] já no afirmar a existência da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva".

Assim, a jurisdição era considerada como uma função de soberania do Estado, concomitante com a da legislação, em que se distinguia a função legislativa da judicial da seguinte maneira: à primeira competia ditar as normas reguladoras da sociedade e, à segunda, atuá-las. Nesse, "pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente".[6]

Calamandrei,[7] por sua vez, sustentava não ser possível apresentar um único conceito de jurisdição válido para todos os povos e em todos os tempos, em razão da relatividade histórica. Todavia, também concordava ser a jurisdição um braço da legislação, pois considera que:

> Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem

---

3 MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

4 MONTESQUIEU. *Op. cit.*, p. 166-72.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II., p. 08.

6 CHIOVENDA. *Op. cit.*, p. 17.

7 CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 107.

> dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato [...] atividade jurídica: primeiro, ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como necessária prossecução da legislação, como indispensável complemento prático do sistema da legalidade.

De acordo com Greco Filho,[8] modernamente, a atividade jurisdicional consiste em uma atividade secundária, inerte, que somente atua quando provocada, além de constituir uma atividade que substitui ou restringe a atuação das partes, pois impede que essas exerçam seus direitos pelas próprias mãos. Da mesma forma, aduz esse mesmo autor[9], "a jurisdição atua por meio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo, a prevenção ou reparação das violações dos direitos".

Nosso país adequou-se ao sistema romano-germânico[10], mas com influência do sistema anglo-saxão[11], também denominado de jurisdição única, no qual o Poder Judiciário tem poder de examinar inclusive os atos administrativos, quanto a sua legalidade. Além disso, qualquer lesão ou ameaça ao direito pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Esse Poder Judiciário, elevado à categoria de fundamental importância no cenário nacional, principalmente com a criação do Supremo Tribunal Federal em 1891, com os ideais da proclamação da República ocorrida em 1889[12], e que atua também na contenção dos demais poderes (executivo e legislativo), para alguns doutrinadores, encontra-se ultrapassado.[13]

---

8 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

9 GRECO FILHO. *Op. cit.*, p. 35.

10 "do direito legislado, também conhecido como sistema do *civil law*". GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

11 Todavia, sem se vincular unicamente ao precedente como fonte do direito, o que é típico do sistema da *common law*, o qual tem nas decisões judiciais sua fonte primária do ordenamento jurídico. Assim, neste sistema, "a atividade de política judiciária desenvolve-se mais intensamente junto aos juízes e tribunais, especialmente quando devem julgar casos novos, ainda não apreciados e, portanto, sobre os quais não existam precedentes. A atividade jurisdicional é mais política do que técnica". MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 50.

12 TARGA, M. I. C. C. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 47.

13 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1. Ao discorrer sobre o tema, Dallari aduz ser o Judiciário um poder fora do tempo,

Essa visão tradicional, ou seja, a jurisdição elevada à categoria fundamental e improrrogável, como dispõe o art. 5º, inc. **XXXV**, da CF/88 pressupõe uma atuação com força decisória vinculativa para a solução ou prevenção de controvérsias, considerada uma atividade em que o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto.

A partir dessa visão, verificamos, como salienta Athos Gusmão Carneiro,[14] que "a jurisdição, monopólio do Poder Judiciário, é exercida por juízes independentes, imparciais e desinteressados". Dessa forma, a busca da autonomia da atividade jurisdicional afastou o caráter interventivo da jurisdição, colocando a impessoalidade como fundamental para uma atividade livre de pressões.[15]

Ao afirmar, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o Estado cria uma norma, que pretende garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva. Verifica-se, desse modo, que, no modelo atual, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, conferindo aos cidadãos o direito de ação.

Nesse modelo, na posição de condutor primeiro do monopólio da jurisdição, encontra-se o juiz como terceiro que intervém na resolução do litígio, devendo fazê-lo de forma imparcial. Tal imparcialidade verifica-se unicamente com o seu distanciamento do caso concreto, seja em decorrên-

---

pois, em sua opinião, "os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o 'Estado Mínimo', pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. [...] No caso do Brasil, essa inadequação tem ficado cada vez mais evidente, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público".

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 9

15 Sobre a imparcialidade e a independência, segue mais adiante, reportando-se às lições de Mauro Cappelletti: "Sustenta com razão Mauro Cappelletti que a característica mais nítida do ato jurisdicional é a 'terzietà' do juiz, seu desinteresse pessoal na relação jurídica sobre a qual a sentença irá operar. O juiz é sempre um terceiro no sentido de ser alheio ao litígio, de ser imparcial; e o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando super partes" (*Ibidem*, p. 23).

cia de algum interesse pessoal, seja para agir de forma isenta, no sentido de não favorecer a qualquer uma das partes envolvidas no litígio[16].

No Brasil, após a instituição do Estado Democrático de Direito, que acabou por redemocratizar o país, revigorou-se o constitucionalismo e a volta ao Direito[17]. Esse reconstitucionalismo advém,

> [...] de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.[18]

Dessa forma, constata-se que a jurisdição, hodiernamente, não mais corresponde àquela em voga no final do século XIX, voltada à atuação do juiz no positivismo jurídico e no Estado Liberal. Assim, dá-se ênfase à chamada jurisdição constitucional.[19]

Tal sistema, apesar de apresentar uma nova roupagem, não se configura como uma novidade, vez que pressupõe um órgão de controle de constitucionalidade, e "essa idéia de constituir um órgão jurisdicional capaz de enfeixar toda a competência decisória em matéria de constituciona-

---

16 No cenário atual, verifica-se um modelo conflitual de jurisdição, o qual, como refere Morais, é "caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro, neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado para dizer a quem pertence o Direito". MORAIS, J. L. B. Crise(s) da jurisdição e o acesso à justiça: uma questão recorrente. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos** – (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 65.

17 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 01-48.

18 *Idem*, 2008, p. 47.

19 Contrariando o pensamento de Chiovenda, segundo o qual havia autonomia da ação em relação ao direito subjetivo material, defendendo a ideia de que a jurisdição somente se manifesta a partir da exteriorização da vontade do legislador, re-editando o ultrapassado entendimento de que o processo (jurisdição) possuía caráter meramente declaratório. Nesse sentido, consultar: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. v. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

lidade partiu, por sua vez, de Kelsen, havendo sido prevista, pela primeira vez, na Constituição austríaca de 1920".[20]

Aquele diploma se trata de "uma Constituição de Estado federativo, eis que a característica desta é justamente combinar formas federalistas com uma garantia suficiente para a unidade de um todo que reúne e organiza os membros"[21], vigorando como uma "lei de um Estado unitário que se transformou em Estado federativo".[22]

Kelsen, justificando a criação de uma corte constitucional, sustenta que a jurisdição constitucional representa um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir as funções estatais, considerando que a Constituição tem a função política de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Nesse cenário, os juízes seriam responsáveis por criar a norma individual (sentença), pois estariam respaldados por uma norma fundamental. Dessa forma, o magistrado aplicava tal norma, criando a individual, elaborando, assim, um ato jurídico único, o qual a um só tempo aplica e cria o direito.[23]

No moderno entendimento sobre jurisdição constitucional, não serve o pensamento ilusório de Kelsen,[24] e, atualmente, "qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O Juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição".[25] Dever este, a propósito, afastado no modelo positivista, como veremos adiante.

---

20 LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A Constituição como Princípio. Barueri: Manole, 2003, p. 99.

21 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07.

22 KELSEN, *Hans. loc. cit.*

23 *Ibidem*, *passim*.

24 "de que a Constituição 'sempre triunfa', uma vez que ela dispõe que as leis inconstitucionais (que importam, na verdade, em uma infração à Constituição), de todo modo, valem como constitucionais até que sejam formalmente declaradas inválidas. Para inquirir sobre a autêntica força normativa de uma Constituição, é necessário 'mergulhar' na realidade, auscultar o mérito das normas em jogo, avaliar sua razoabilidade e factibilidade, e ter consciência de atuar para traduzir a vigência formal em vigência real da Constituição". HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 165.

25 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

1.1 O modelo positivista do Direito

Ao adentrar na análise do positivismo jurídico, podemos localizá-lo em oposição ao direito natural[26] e identificá-lo estruturado "em um mundo de regras que, metafisicamente, pretende abarcar a realidade".[27]

A concepção positivista está ligada à formação do Estado moderno, surgido após a dissolução da sociedade medieval[28], acabando por dominar todo o século passado e parte do atual. Dessa forma, o modelo positivista interliga Direito e Estado, sendo este o exclusivo responsável pela normatização, transformando aquele primeiro em mero comando normativo, marginalizando seu conteúdo e seus fins.[29]

Na concepção de Perelman, consoante Atienza,[30] o modelo positivista tem como pressuposto:

> 1) eliminar do Direito toda a referência à Justiça; 2) entender que o Direito é a expressão arbitrária da vontade do soberano, enfatizando assim o elemento de coação e esquecendo o fato de que para funcionar eficazmente o Direito deve ser aceito, e não imposto por meio de coação; e 3) atribuir ao juiz um papel muito limitado, já que não leva em conta os princípios gerais do Direito e nem os tópicos jurídicos, apenas o texto escrito da lei.

---

26 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

27 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006. p. 335.

28 Para Bobbio, "A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para essa criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.

29 BOBBIO, *Op. cit.,* p. 26-27.

30 ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 85.

Atienza[31] discorda das características apresentadas por Perelman, relacionando-as a um modelo juspositivista do século XIX, ultrapassadas, portanto, no cenário atual. Segundo o aquele autor, tomando como base o positivismo hartiano, a inaplicabilidade de tais características se mostra evidente, porquanto

> 1) Hart, por um lado, não pretende excluir do Direito toda referência à Justiça, e sim apenas sustentar que é possível – e que se deve – separar conceitualmente o Direito e a moral, o que é e o que deve ser Direito; 2) Por outro lado, a sua insistência na "aceitação interna de normas" como um elemento essencial para compreender e explicar o Direito deixa bem evidente que, para ele, o Direito não pode se reduzir à coação. 3) E, finalmente o próprio Hart (e Dworkin, que faz disso um dos pontos centrais de sua crítica) considera uma característica do positivismo jurídico a "tese da discricionariedade judicial" [...]

Ao tratar do que denominou dualismo de direito positivo e direito natural, Kelsen refuta ironicamente a ideia de um homem com discernimento completo do mundo das ideias, pois, se assim fosse, estaríamos no modelo ideal, que implicaria a inexistência de um mundo empiricamente real. No pensamento kelseniano,

> O dualismo entre este mundo e o outro, resultante da imperfeição do homem, desapareceria. O ideal seria o real. Caso se pudesse ter conhecimento da ordem absolutamente justa, cuja existência é postulada pela Doutrina do Direito natural, O Direito positivo seria supérfluo, ou melhor, desprovido de sentido. Confrontada com a existência de uma ordenação justa da sociedade, inteligível em termos de natureza, razão ou vontade divina, a atividade dos legisladores valeria a uma tola tentativa de criar iluminação artificial em pleno sol. Fosse possível responder à questão da justiça como é possível resolver os problemas de técnica da ciência natural ou da medicina, pensar-se-ia tanto em regular as relações entre os homens através de medida de autoridade coercitivamente quanto se pensa hoje em prescrever forçosamente o Direito positivo como se deve construir uma máquina a vapor ou como curar uma doença específica. Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, consequentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes. A asserção costumeira, contudo, de que realmente existe uma ordem natural, absolutamente boa, mas transcendental e, por conseguinte, não inteligível, de que de fato existe algo como justiça, mas ela não pode ser definida com clareza, é, em si mesma, uma contradição.

[31] *Idem*, 2003, p. 86.

> Trata-se, na verdade, de uma paráfrase eufemística para o doloroso fato de que a justiça é um ideal inacessível à cognição humana.[32]

A concepção originária do positivismo, centrado este último na necessidade de positivar o direito, em face do homem como ser imperfeito, criticando-se o pensamento naturalista, restou ultrapassada, até porque esse modelo pretendia apresentar o direito como sistema puramente normativo e criar uma ideia formal e fechada desse campo de conhecimento.

No plano positivista moderno ou neo-positivista, como referiu Atienza, a teoria encontra-se centrada em uma visão do direito como conjunto de normas, prevendo a existência de situações não reguladas, cuja solução se localiza fora do plano jurídico.

O positivismo jurídico caracteriza-se, segundo Bobbio, em sete elementos, podendo ser considerado como método de abordagem do direito, teoria do direito e, também, ideologia do direito.

As características, apontadas pelo autor, iniciam com um problema de abordagem, sendo que, para enfrentá-lo, o positivismo considera o direito como um fato, e não como um valor, pois essa ciência preocupa-se com o conjunto de fatos, fenômenos ou dados sociais.[33]

Como característica, apresenta-se, ainda, a questão da definição do direito pelo positivismo, em função do elemento da coação. Assim, extrai-se a *teoria da coatividade do direito.*[34]

Já no que tange às fontes, o positivismo assegura a chamada *teoria da legislação como fonte preeminente do direito*, ou seja, a presente teoria coloca o direito como subespécie da legislação, apresentando o problema de outra fonte que não desapareceria totalmente.[35]

---

32 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18-19.

33 "Deste comportamento deriva uma particular *teoria da validade do direito*, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...] prescindindo do seu conteúdo". BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131.

34 Para Bobbio, tal teoria é consequência de se considerar o direito como fato, pois isso "leva necessariamente a considerar como direito o que vige como tal numa determinada sociedade", e, inclusive, portanto, aquelas normas impostas à força. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131.

35 Bobbio ressalta nesse aspecto que "o positivismo jurídico elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume *contra legem*

A doutrina positivista considera a norma como um comando, criando-se a *teoria da norma jurídica* e formulando a *teoria imperativista do direito*, com várias subdivisões. O positivismo ainda apresenta a *teoria do ordenamento jurídico*, a qual considera a estrutura não mais da norma isoladamente, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade.[36]

Ainda, esse modelo apresenta como característica o problema da interpretação, ou *método da ciência jurídica*, sustentando uma interpretação mecanicista[37]. Da mesma forma, postula uma *teoria da obediência da lei enquanto tal*.

Para Bobbio, algumas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias) aparentes seriam de fácil solução. O autor estabelece como critério de escolha entre normas antinômicas solúveis abordagens cronológicas (*lex posteriori derrogat priori*), hierárquicas (*lex superior derrogat inferior*) ou de especialidade (*lex specialis derrogat generalis*). Tais critérios, entretanto, não se prestariam para normas antinômicas contemporâneas, de mesmo nível e de idêntica especialidade, razão pela qual sugere o princípio de interpretação favorável em face de uma exegese odiosa.

Vê-se que Bobbio acata um positivismo moderado ou fraco, pois considera que a versão extremista, raramente sustentada de forma coerente por seus adeptos, é responsável pelo ataque dos antipositivistas. Bobbio afasta a tese de que o direito tem valor "enquanto tal" porque é "sempre por si mesmo justo", na medida em que é produto independente da obra humana. O positivismo moderado não leva ao totalitarismo; ao contrário, tal acusação pode ser invertida, "visto que considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário".[38]

Na versão moderada do positivismo jurídico o direito tem um valor instrumental. Essa posição é assumida por Bobbio que enfaticamente sustenta: "sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado".[39]

---

e eventualmente o *praeter legem*), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário". *Idem*, 2006, p. 132.

36 *Idem*, 2006, p. 132.

37 *Idem*, 2006, p. 133. "que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito".

38 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 236.

39 *Idem*, 2006, p. 238.

Ao examinarmos a escola positivista, é inevitável não analisar o pensamento de Herbert Hart, responsável pela publicação, em 1961, de uma das mais importantes obras de Teoria do Direito do século XX, com o título *O Conceito de Direito*. Apesar de representar o pensamento positivista, Hart supera o reducionismo desta escola, ao propor, para análise jurídica, o chamado paradigma hermenêutico, destacando o papel do intérprete, causando um importante avanço no processo de conhecimento jurídico.[40]

Hart entende o direito como um sistema de regras constituído pela união de normas de obrigação (primárias) com as metanormas (secundárias), as quais marcariam a passagem do mundo pré-jurídico ao jurídico. O autor salienta, ainda, o conceito de obrigação jurídica, segundo o qual "o sujeito internaliza o caráter compulsório de obediência à norma jurídica".[41]

A teoria hartiana entende que o Direito prende-se a uma compreensão estrutural e funcional, caracterizando-se pelo estabelecimento de padrões gerais de conduta. Portanto, ao deparar-se com casos de difícil enquadramento em condutas pré-estabelecidas, Hart sustenta a existência da discricionariedade judicial, ante ao que entende configurar a incompletude do ordenamento jurídico (existência de casos juridicamente não regulados ou regulados de forma não conclusiva)[42], visto que admite que uma regra contenha, além de um núcleo duro, uma zona de penumbra, que deve ser enfrentada pelo juiz, a partir de escolha do sentido que deverá prevalecer.

Ronald Dworkin, severo crítico de Hart, considera que, com a obra ", Hart entende que "os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de 'regra de conhecimento')".[43] Dessa forma, considera que "a versão do positivismo de Hart é ainda mais nitidamente convencional, pois sua regra de conhecimento é uma regra que foi aceita por quase todos, ou pelo menos por quase todos os juízes e outros juristas, não importa qual seja o conteúdo de tal regra".[44]

---

40 KOZICKI, Kátya. Herbert Lionel Adolphus Hart. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 409.

41 KOZICKI, Kátya, *loc. cit.*

42 *Ibidem*, p. 411.

43 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

44 *Ibidem*, p. 143.

Adalberto Narciso Hommerding, a partir de Leonel Severo Rocha, salienta que Hart "supera a tensão entre dogmática jurídica e sociologia", pois esse autor "confere papel central ao intérprete, afirmando que o poder discricionário que lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo".[45]

Hart considera, então, como pressuposto, o fato de que toda expressão linguística contém um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra: aquele representa os casos de fácil interpretação, ao passo que esta identifica os casos difíceis. Ao justificar essa distinção, Hart exemplifica que, se uma regra proíbe a circulação de veículos no parque, todos estariam de acordo que é vedada a circulação de veículos e caminhões; todavia, restaria a dúvida quanto à circulação de bicicletas, por exemplo. Constituindo a dúvida quanto à bicicleta um caso de difícil interpretação, a solução deveria corresponder a um critério de aproximação analógica com os casos de fácil aplicação da regra.[46]

Luis Fernando Barzotto alerta que tanto o positivismo do século XX (Kelsen, Hart, Ross e Bobbio) como o pós-positivismo representam uma ideologia "fadada ao insucesso de dar sentido a um direito que perdeu o sentido".[47]

Ainda no modelo hartiano, verifica-se que esse sentido pode ser conferido de modo discricionário. Portanto, faz-se necessário adentrar na análise da significação desse modelo e sua (não) aceitação no nosso ordenamento.

1.2 A discricionariedade e o decisionismo

Existe discricionariedade na decisão judicial, ou seja, pode o magistrado utilizar de subjetividade nas suas decisões? Como o jurista brasileiro se comporta diante de tal situação? O juiz, entendido como agente público, atua de modo vinculado ou detém um poder discricionário? Essas são questões que acirram a discussão no meio jurídico.

Paulo Márcio Cruz ressalta que:

---

45 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 189.

46 HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 322.

47 BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 646.

> [...] poder expressa energia capaz de conseguir que a conduta dos demais se adapte à vontade própria. É uma influência sobre os outros sujeitos por haver sido manipulados ou atemorizados com a ameaça de emprego da força. Mesmo que em algumas ocasiões não seja necessário exercer o poder, pois quem o possui consegue seus objetivos apelando à sua autoridade ou à sua capacidade de persuasão, em outras é preciso recorrer à força para fazer valer sua posição.[48]

A discricionariedade concentra em si um poder? Para Dworkin, o conceito de discricionariedade apresenta-se com certa ambiguidade e, portanto, pode ser compreendido de três maneiras diferentes, aduzindo o autor referido que:

> Em primeiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes. Um sargento, por exemplo, terá poder discricionário quando receber uma ordem de escolher os cinco homens mais experientes para fazer um patrulha.[49]

A discricionariedade judicial chegou a ser apontada pelo modelo positivista kelseniano como a razão de ser do próprio positivismo, uma vez que, com ele, se retiraria do juiz um poder discricionário, no sentido de coibir a livre interpretação, limitando o julgador à vontade do legislador e ignorando, ainda, a axiologia presente nas decisões.

Kelsen adverte que a argumentação,

> rejeitada pela Teoria Pura do Direito, mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo, não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto.[50]

Mesmo com o advento do positivismo, acabou por não ocorrer plenamente a restrição pretendida ao julgador, até porque toda decisão, seja

---

48 CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 65.

49 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108-109.

50 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 78.

do legislador, seja judicial, vem carregada de escolhas morais, já que uma tomada de decisão traz consigo uma axiologia inerente. Evidencia-se, portanto, uma margem de livre apreciação do juiz, de forma irredutível.[51]

Essa margem, porém, não admite abusos, ou seja, quando essa atuação relativamente livre do tomador da decisão vier em prejuízo de outrem, haverá consequências. Segundo Perelman[52], "todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do Direito".

Há uma liberdade do juiz, todavia, com limitações, assim justificadas por Perelman:

> Concedendo a uma autoridade qualquer um poder discricionário, deixam-na juíza da oportunidade das decisões por tomar, mas se tais decisões parecem arbitrárias, claramente contrárias ao interesse geral, o tribunal competente procurará anulá-las por abuso, excesso ou desvio de poderes.[53]

No entanto, em um Estado Democrático de Direito, o juiz não pode se prender a discursos adjudicadores, sob pena de ser fragilizado, principalmente na forma de decisionismos judiciais, pois interpretar a Lei, ao contrário do pensamento kelseniano, não é um ato de vontade.[54]

Nesse sentido, o termo decisionismo pressupõe um modo de decidir a partir de um ato de vontade, um "ato de querer do julgador", que relega a Lei a um segundo plano. Tal situação deve ser repudiada em um Estado Democrático de Direito, pois neste há de ser respeitada a democracia, e essa se traduz também na obediência à produção das leis por um Legislativo democraticamente eleito.[55]

Uma das faculdades conferidas ao juiz para deixar de aplicar a Lei ocorre quando ele utiliza a técnica da interpretação conforme a Constituição, ocasião em que atribui sentido àquela. No entanto, como alerta

---

51 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

52 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 682.

53 PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 683.

54 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

55 *Idem*, 2007, p. 140.

Streck,[56] "não se pode confundir [...] a adequada/necessária interpretação da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais".

Paulo Bonavides[57] argumenta que "admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais". Da mesma forma que se refuta o legislar sem limites, devemos coibir uma atuação decisionista do julgador.

Para Freitas,[58] "a interpretação da Lei Maior, almejando conferir-lhe vida e realidade marcadamente axiológica, apresenta-se, com certeza, como o núcleo, e a parte mais fascinante do direito constitucional", acrescentando que "todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional".

O questionamento de Paulo Bonavides[59] mostra-se pertinente também no que tange ao decisionismo judicial, a saber: "até quando, pois, contrariando a vontade constitucional e a vocação popular de poder e soberania, será possível admitir essa distorção, esse abuso, essa violência, esse menoscabo ao povo e à Nação?" O renomado doutrinador responde a seu próprio questionamento, referindo que isso "continuará ocorrendo deploravelmente, se, no controle de constitucionalidade, juízes e tribunais não variarem de jurisprudência, não se afastarem da Hermenêutica tradicional, que mantém cerrada a porta de acesso aos substratos materiais e valorativos da Constituição".[60]

A discricionariedade, enfatizada no Estado Liberal por meio da liberdade de conformação do legislador, é contestada, no Estado Democrático de Direito, duplamente: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; e, de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não

---

56 *Idem*, 2007, p. 141.

57 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 396.

58 FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

59 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 113.

60 *Ibidem*, p. 113.

somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.[61]

A "discricionariedade judicial" consiste, como ensina Eros Roberto Grau, no "poder de criação da norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade)".[62] Assim, distingue-se a discricionariedade judicial da formulação de juízos de legalidade e constitucionalidade, sendo esses últimos considerados como sinônimo de interpretação do direito, no entender do autor. Tal distinção

> [...] encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. [...] não atuando no mesmo plano lógico, de modo que se possa opor a legalidade à discricionariedade – e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem a pratica –, a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade.[63]

Considerando que a lei é carregada de escolhas morais[64], mesmo se considerássemos que ela é isenta dessas escolhas, o sistema na qual ela se encontra inserida não o é, sob pena de se falsear a realidade jurídica[65], até porque "a lógica jurídica se apresenta como uma argumentação regulamentada, cujos aspectos podem variar conforme as épocas, os sistemas de direito e as áreas de aplicação"[66], pode-se entender que a retirada da discricionariedade das mãos do juiz implica colocá-la em favor do legislador.

---

61 STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, 2003, p. 223.

62 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-53.

63 *Idem*, 2003, p. 52-53.

64 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

65 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 412.

66 *Idem*, 2002, p. 420.

Todavia, parte da doutrina processualista considera que a sistemática vigente não afasta a discricionariedade da figura do juiz, pois, por exemplo, em sede de medidas antecipatórias, far-se-ia uma "opção volitiva" entre duas ou mais alternativas, igualmente possíveis e legítimas, admitindo-se, então, para parcela doutrinária, que o provimento que concede a antecipação de tutela contém discricionariedade.[67]

Sustenta, ainda, essa doutrina[68] que, se pretendermos preservar (se é que ela existe) a natureza essencial dos provimentos discricionários, devemos conferir ao juiz uma margem considerável de autonomia decisória, dentro da qual será inadmissível o reexame por meio de recurso, salvo hipóteses de erro manifesto, excesso ou abuso de poder, ocorrência de risco de dano grave ao direito da parte que suporta a medida ou análogo risco de dano ao interesse público ou coletivo.[69]

Em contrapartida a essa tese, encontramos discordância sobre ambas decisões (decisão que concede a tutela antecipada e sentença) serem análogas no que tange à existência de discricionariedade nas decisões antecipatórias, porque não há como o julgador antecipar "consequência" sem antecipar "Juízo", mesmo que provisório, sob pena de remetermos as questões interlocutórias à disciplina recursal própria dos provimentos de natureza apenas processual.[70]

Mauro Cappelletti, ao discorrer sobre a complexidade do papel do juiz e a carga de responsabilidade que carregam ao proferirem uma decisão (escolha de uma resposta ao caso concreto), aduz que essa "escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e 'balanceamento'; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha".[71]

---

67 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação da tutela: duas perspectivas de análise. In: **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, p. 254.

68 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação da tutela: duas perspectivas de análise. In: **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

69 Nesse sentido consultar a obra de Hommerding, o qual contempla a doutrina de Ovídio Baptista da Silva. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, *passim*.

70 *Idem*, 2007, *passim*.

71 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 33.

Mas o juiz, ao decidir, se for resgatar a vontade da lei referida por Chiovenda[72] – conceito que consideramos ultrapassado no modelo atual de jurisdição –, produzirá sentenças imbuídas de um decisionismo judicial, próprio, aliás, do sistema positivista. Nesse sentido, se o juiz agir com olhar no mito da "vontade constante" da lei, considerando que não deve interpretar o texto legal, pois entende que lhe cabe apenas a tarefa de "revelar-lhe" o sentido imutável, assumirá sua carência de vontade, ou seja, que não há vontade própria do julgador. "Buscar o sentido da lei seria, então, uma prerrogativa exclusiva do legislador".[73]

Dessa forma, se os juízes conceberem cada decisão no caso concreto como produção da "vontade da lei", estaremos diante de um sistema arbitrário de decisionismo positivista radical, no qual, reafirmada a assertiva de que aquilo que o juiz "*afirma na sentença ser a vontade concreta da lei*" constitui verdadeiramente a vontade da lei,[74] estaríamos diante de milhares de "vontades da lei", simultaneamente emitidas em todas as instâncias judiciárias.

Tanto a discricionariedade quanto o decisionismo, que, no entender de Streck, se equivalem, constituem características próprias do positivismo que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, já que, no novo paradigma, diferenciam-se regras de princípios, diferença meramente ontológica, e se estabelece a impossibilidade de cisão "justificação e aplicação".[75]

A discricionariedade e o decisionismo estão diretamente ligados ao papel do intérprete e podem interferir para as causas da (in)efetividade da jurisdição, como adiante se analisará.

1.3 O papel do juiz e as causas da (in)efetividade da jurisdição

No modelo atual de jurisdição, o juiz assume papel central, pois cabe a ele "decidir os litígios, uma vez que o sistema social não suportaria a

---

72 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 44. "Juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei".

73 *Idem*, 1965, p. 44.

74 *Idem*, 1965, p. 44.

75 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 327-398.

perpetuação do conflito".[76] A busca da paz social há muito é perseguida e poucos operadores jurídicos entendem, com clareza, que uma atuação para a resolução do conflito pressupõe uma preocupação maior do órgão decisor.

O juiz, como condutor do processo, nem sempre atua de modo a sanar o conflito. Ao contrário, muitas vezes, com sua decisão, acaba por acirrar ou re-editar situações conflitantes, especialmente no que tange a relações continuadas. Assim, as consequências de uma decisão devem ser consideradas como *conditio sine qua non* em uma prestação jurisdicional. Aliás, Garapon[77] sustenta que "o juiz deve levar em conta as próprias fontes de informação postas a sua disposição e se interessar, em seguida, pelas consequências de sua decisão".

O processo existe para instrumentalizar[78] o acesso à justiça, e dele o juiz é o guardião. Nessa posição, tem o poder-dever de dar efetivação à prestação jurisdicional segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Diante de um direito explícito de acesso de todos à Justiça, compete ao juiz a interpretação dos preceitos constitucionais na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade, que só se alcança com a observância e aplicação imediata dos preceitos consagrados de direitos fundamentais.

O juiz, como responsável, não único, mas principal das garantias conquistadas, é ator preponderante para a efetivação da jurisdição. Nes-

---

76 MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

77 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia** – O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 239.

78 Refutando a instrumentalidade do processo, Rosemiro Pereira Leal entende-o como *instituição* constitucionalizada, que visa garantir "o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa", instituição esta compreendida por princípios (ampla defesa, isonomia, contraditório, devido processo legal etc.). Portanto, considera o autor, deixa o processo de representar apenas uma *ferramenta* a serviço do juiz, visto que não basta "positivar um *modelo* de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiões de direito fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante". LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 170-171.

se sentido, Hommerding[79] sustenta que "o juiz tem a responsabilidade (ética/constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição da República".

A efetividade da justiça constitui preocupação recorrente, chegando-se ao ponto – mais tardiamente no Brasil – de preocupação com a "administração da justiça". A sociologia há muito discute o tema. Boaventura de Sousa Santos, renomado sociólogo, por exemplo, constata que a organização da justiça civil e a tramitação processual não podem ser reduzidas tão somente à dimensão técnica e socialmente neutra, como sustentado por muitos processualistas. Aliás, a sistemática processual não é responsável em si pelas ineficiências que afetam a Justiça.

Nesse aspecto, convém recordar a lição de Miguel Teixeira de Sousa no Direito Português:

> Um outro mito que importa desfazer é o de que o Código de Processo Civil é responsável pelas ineficiências que afectam a administração da justiça em Portugal. A verdade é outra: essas ineficiências têm muito mais a ver com a organização judiciária, com as fortes assimetrias regionais quanto à litigância, como a forma como se litiga em juízo e com a qualidade e gestão dos recursos humanos do que com a legislação processual civil. O Código de Processo Civil é sempre aplicado no contexto mais vasto da administração da justiça, pelo que não é possível atribuir-lhe, *a priori*, a responsabilidade total pela ineficiência do sistema.[80]

Entendendo que a administração da justiça passa pela análise do fenômeno social, sustenta Boaventura que "a contribuição da sociologia constitui em investigar sistematicamente e empiricamente os obstáculos ao acesso efectivo à justiça por parte das classes populares com vista a propor as soluções que melhor os pudessem superar".[81]

Sobre a investigação sociológica da justiça, referido autor conclui que se verificam como obstáculos ao acesso efetivo à justiça a questão

---

79 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178.

80 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Um novo processo civil português:** *à la recherche du temps perdu?* **Revista de Processo**, coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 161, 2008, p. 218.

81 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 168.

econômica, a questão social e a cultural,[82] que acabam por produzir uma dupla ou tripla vitimização das classes mais carentes, uma vez que, além do conflito vivenciado, há parcelas mais carentes, que, via de regra, são protagonistas de ações de menor valor e se deparam com o fato de essas demandas serem mais caras, acarretando, portanto, a dupla vitimização, que se tornam tripla se, aliada a esses elementos, ocorrer a lentidão do julgamento dos processos, configurando, então, um custo econômico adicional e mais gravoso para os menos favorecidos.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos considera que:

> Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos econômicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacéia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros fatores quiçá mais importantes, Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos, mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na demora dos processos e não apesar dela.[83]

Dessa forma, apesar de as causas de ineficácia da jurisdição residirem em vários aspectos e setores, a preocupação com a administração da justiça "colocou os juízes no centro do campo analítico",[84] pois cada vez mais são (ou deveriam ser) avaliados seus comportamentos, suas decisões e respectivas motivações dessas, o que acaba por refutar a falaciosa neutralidade da função jurisdicional.[85]

---

82 Boaventura ainda salienta: "Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que, nas sociedades capitalistas em geral, os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa". Após traçar a análise sobre estudo realizado em Alemanha, Inglaterra e Itália, o sociólogo adverte: "Estes estudos revelam que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente débeis". Na questão social, "estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto menor quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores econômicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas". *Idem*, 2008, p. 168.

83 *Ibidem* p. 169.

84 *Ibidem*, p. 173.

85 Boaventura sustenta que a concepção da administração da justiça como instância política "consistiu em desmentir por completo a ideia convencional da administração da

A importância dos sistemas de recrutamento e a necessária capacitação dos magistrados em campos de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos, normalmente negligenciados, possibilitariam aos juízes conhecer, primeiramente, a si mesmos e a função na qual estão investidos, a fim de possibilitar um distanciamento crítico para melhor exercer suas atividades em uma sociedade complexa e dinâmica como a contemporânea.[86]

Portanto, há que se perquirir a responsabilidade dos juízes.

1.3.1 *A "boca da Lei" engolindo as responsabilidades*

O ato jurisdicional não pode mais ser visto à moda de Montesquieu, ou seja, refletir um ato de clarificação da "vontade da lei", sendo o papel do juiz relegado à atuação limitada de contribuir na forma de "boca que pronuncia as palavras da lei". Da mesma forma, "desenvolver nosso direito de responsabilidade revela-se necessário, com a condição, entretanto, de que isso não esconda o retorno de mecanismos arcaicos, como o 'bode expiatório' e a 'lei de talião'".[87]

Ao comentar o julgamento de Eichmann[88], Hannah Arendt apresenta-nos a *teoria do dente da engrenagem*, sustentando que, quando se descreve um sistema político, seria inevitável falar das pessoas usadas pelo sistema como se fossem dentes de uma engrenagem que mantém a administração

---

justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e eqüidistante dos interesses das partes". SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 173. Nesse sentido, Hommerding alerta para a necessária quebra do mito da neutralidade do juiz e da "busca da verdade", considerando que a suposta neutralidade é uma quimera, pois "o juiz, inserido na linguagem, sempre exerce atividade criadora, pois é, na compreensão, quando o ser emerge na linguisticidade, que o mundo, em seu acontecer, se abre para ele. O juiz nunca repete o passado. Participa, sim, do presente, na historicidade da linguagem. Não há, portanto, como sustentar a inexistência dos preconceitos (que existem, mas devem ser suspensos na atividade interpretativa) e o caráter não criativo do juiz, que é um agente político, inserido num processo de compreensão mundana, implicado em viver rodeado de possibilidades dadas pela historicidade". HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

86 SANTOS, *op. cit.*, p. 174.

87 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia** – O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 105.

88 Eichmann era um oficial nazista e homem de confiança de Hitler que, ao ser julgado, afirmou que somente cumpria as ordens do sistema nazista.

em andamento. Com esse argumento – de que não era responsável em si pelos atos de que era acusado, mas, sim, o sistema do qual era um dente o seria –, o oficial nazista tentava tornar-se um bode expiatório, ameaçando enforcar-se em público.[89]

Tal passagem demonstra que "em um sistema burocrático, a transferência de responsabilidades é uma questão de rotina diária [...]".[90] Isso, porém, não deve ser permitido na administração da justiça, pois, se o horizonte do ato de julgar é mais que a segurança, é a conquista da paz social, ao juiz cabe, então, contribuir para a paz pública, ou seja, responsabilizar-se para com esse fim,[91] já que o ato de julgar, consoante ensinamento de Ricoeur, suspende o acaso no processo e exprime a força do direito[92]. Mais do que isso, afirma o direito numa situação singular.[93]

Aliás, nosso sistema processual civil[94] coloca o juiz como responsável pelo processo, com relação ao seu impulso, à sua direção e à rápida e segura solução, tratando de forma igualitária as partes, bem como prevenindo e/ou reprimindo qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, pois ao juiz, por exemplo, cabe impedir o conluio entre os litigantes, objetivando um fim lícito.[95]

---

89 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 91-93.

90 *Idem*, 2004, p. 93.

91 É importante que a figura humana do juiz "entre em cena desde o início, visto que os juízes são homens como nós". RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 173.

92 Paul Ricoeur sustenta que o juiz não participa do debate, mas deve apresentar a qualidade de abrir um espaço de discussão, pois ele representa uma terceira pessoa, a qual compreende, além da figura humana do juiz, o Estado, através de uma instituição judiciária distinta dos outros poderes. Dessa forma, ao proferir uma decisão, o juiz justifica essa terceira pessoa, primando por sua conservação, o que representa "uma conquista cultural considerável, graças a qual o poder estático e o poder jurídico são conjuntamente instaurados". *Ibidem*, 1995, p. 173.

93 *Ibidem*, 1995, p. 173.

94 Arts. 125 a 132 do Código de Processo Civil.

95 GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224-225. Tal objetivo resta amplamente configurado em nosso sistema processual civil, que, entre outros, estabelece nos seus artigos:

"Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

De nada adiantarão reformas que pretendam a ampliação dos poderes dos juízes, podendo, inclusive, esse aumento se configurar em medida contraproducente para a democratização da justiça que eventualmente se pretenda, caso não haja uma preocupação com a formação e o recrutamento dos magistrados, no sentido de fazê-los conhecer suas responsabilidades que vão para além de conhecer a dogmática jurídica. Eles devem versar sobre "conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular".[96]

A seleção dos magistrados compreende métodos intimamente ligados com a concepção do papel da magistratura em cada lugar e/ou época. Todavia, modernamente, ainda verificamos que o modelo de magistratura adotado está vinculado ao perfil da sociedade do século dezoito, caracterizada por uma menor dinamicidade e menor complexidade. Essas inadequações, apesar de conhecidas, ainda resistem, em face de fatores que acabam inviabilizando as necessárias correções:

> a) a existência de interesses estabelecidos, que seriam prejudicados se ocorressem mudanças substanciais; b) a acomodação dos que temem qualquer

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final
[...]
Art. 16 – Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.
Art. 17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Alterado pela Lei nº 6.771/1980)
I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II – alterar a verdade dos fatos;
III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI – provocar incidentes manifestamente infundados;
VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.
[...]
Art. 129 – Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes."

96 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 180.

> inovação, ou simplesmente detestam o esforço exigido pelas mudanças; c) o exagerado respeito a fórmulas consagradas, especialmente quando catalogadas como "tradições". Por esses e outros motivos, têm sido utilizadas muitas variações, como tentativas de encontrar a forma ideal de seleção de juízes, mas com pouco ou nenhum progresso, porque, contraditoriamente, tem-se inovado procurando considerar exigências modernas, mas preservando estruturas e concepções antigas.[97]

Como sustenta Dallari – e em que pese o Brasil ter bons juízes que atuam em um Poder Judiciário não tão bom, pois se encontra fora do tempo, e mesmo que trabalhe muito, produz pouco –, existe grande parcela de magistrados com formação insuficiente, creditada a cursos pouco qualificados, situação agravada por aqueles juízes acomodados, seja por método pessoal de trabalho, seja por vícios institucionais que lhes conferem a imagem de lentidão, formalismo e caráter elitista, distante, portanto, da realidade da maioria dos jurisdicionados.[98]

Para vencer a crise da administração da justiça, além de outros aspectos (infraestrutura, por exemplo), há que se ter um paradigma de juiz responsável e envolvido com a "jurisconstrução",[99] a qual "pressupõe repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas",[100] implicando que, antes disso, a crise do magistrado[101] foi evitada e/ou sa-

---

97 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

98 *Idem*, 2008, p. 81.

99 Adepto de uma rebelião e que procura justificar "na prática o prestígio teórico e a condição de Poder constitucional, de que goza o Judiciário. Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade". *Idem*, 2008, p. 82. A "jurisconstrução" foi o termo sugerido por José Luis Bolzan de Morais para diferenciar o modelo consensual da jurisdição no sentido de "construir o Direito". Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: Alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 121-122.

100 MORAIS, J. L. B. Crise(s) da jurisdição e o acesso à justiça: uma questão recorrente. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos** – (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 65.

101 "Pode-se dizer que a crise do magistrado se processa a partir de três vertentes: 1. Pressões exteriores de origem extraprofissional (familiares, sócio-econômicas, financeiras...). 2. Pressões exteriores de ordem profissional (demanda excessiva de trabalho; comarcas que não são as de sua livre preferência ou de sua livre escolha; salários inadequados; relações conflituosas com colegas de trabalho...). 3. Pressões interiores, oriundas desde as camadas inconscientes do mundo íntimo de cada pessoa. É aí

nada, já que não devemos nos esquecer de que tal profissional constitui-se como elemento humano, dotado de razão e sensibilidade, integrante, portanto, de uma comunidade. Assim, constitui-se a decisão a partir do problema humano, pois "*aporta a la decisión del caso concreto toda su experiencia humana por encima de las pautas escuetas que pueda fijar la norma*".[102]

Tal paradigma deve refutar a tese de Chiovenda, na qual o juiz ficaria restrito a aplicar uma suposta "vontade" da lei, o que é inadmissível, pois a lei não tem vontade própria. Mas o processualista italiano refere que a lei a ser aplicada deve ser uma lei assegurada constitucionalmente. Dessa forma, dizer que o juiz aplica a lei ou a "vontade concreta" da lei significaria dizer que a lei a ser "aplicada" só pode ser uma lei coerente com o conteúdo material da Constituição, o que tornaria válida a proposta de Chiovenda quanto à jurisdição.[103]

Aliás, como lembra Hommerding, nas pegadas de Streck,

> O juiz sempre faz jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. [...]. O juiz, ao contrário dos tribunais, não declara a inconstitucionalidade do texto normativo. O juiz deixa de aplicá-lo. O conteúdo de sua decisão recai sobre aquela relação jurídica discutida no processo. Toda a jurisdição é sempre constitucional(izada), pois não há como separar ser do ente. A legalidade e ordinariedade não podem ser vistas apartadas da constitucionalidade. Na medida em que a Constituição

---

que se entrecruzam primitivas necessidades, desejos, mecanismos defensivos, identificações com pessoas que foram importantes na sua evolução e que agora estão introjetadas, relações vinculares com o mundo exterior que reproduzem os modelos de relacionamento tal como estão internalizados em cada sujeito, e os diferentes tipos de ansiedade e sentimentos, como os de amor, ódio, medo, vergonha, inveja, ciúme, desconfiança, culpas, etc.". ZIMERMAN, David. A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – A Crise do Magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, A. C. M. (Org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 143.

102 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Processo**. Barcelona: Livraria Bosch, 1979, p. 208.

103 Hommerding alerta que "ainda predomina a idéia de uma jurisdição típica do Estado Liberal, influenciada pela filosofia da consciência, pois os juristas continuam falando em jurisdição como 'atuação da vontade da lei', 'secundariedade', 'composição de lides' etc.". HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 142.

> estabelece pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando o seu conteúdo, "converte-se em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade no seu conjunto, no seio do qual impede tanto o isolamento do Direito constitucional como a existência isolada das demais parcelas de Direito umas em relação às outras".[104]

O nosso sistema processual, como ensina Ovídio Baptista da Silva, permite ao juiz a ilusão de que não necessita responsabilizar-se, pois, ao aplicar a "vontade da lei", eventual injustiça dessa aplicação seria atribuída ao legislador, evidenciando que o racionalismo é o verdadeiro paradigma, que tal sistema estaria comprometido, instrumentalizado pelo "processo de conhecimento" e pelo "processo declaratório", que representaria a neutralidade (passividade) que o juiz deve(ria) manter durante a demanda, devendo julgar tão somente após a descoberta da "vontade da lei", pois seria nesse momento que se alcançaria o "juízo de certeza"[105].

No Brasil, está ocorrendo uma reforma do Poder Judiciário, criando-se uma secretaria própria, vinculada ao Ministério da Justiça[106], havendo uma inegável ampliação das competências daquele poder, bem como se passando a reconhecer seu papel político. Talvez, em face desse novo cenário, muitos juízes acabem por temer as novas responsabilidades, "preferindo apegar-se a concepções formalistas e comportar-se como aplicadores automáticos da lei escrita, em sentido literal".[107]

Ao assumir suas responsabilidades, ao juiz, como ensina Lenio Streck, é vedado dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, sob pena de atribuir

---

104 *Idem*, 2007, p. 147.

105 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 05-34.

106 "A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário. Tem como papel principal ser um órgão de articulação entre o Executivo, o Judiciário, o Legislativo, o Ministério Público, governos estaduais, entidades da sociedade civil e organismos internacionais com o objetivo de propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Esta articulação acontece em relação a propostas de modernização da gestão do Judiciário e em relação à reforma constitucional e outras alterações legislativas em tramitação no Congresso Nacional". Maiores detalhes estão disponíveis em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

107 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

sentidos de forma arbitrária aos textos, até porque todas as formas de decisionismos e arbitrariedades devem ser afastadas, como já referido. É na Constituição, à qual o intérprete está vinculado, que se estabelecem as condições do agir político-estatal no Estado Democrático de Direito (Streck).

Dessa forma, a discussão entre a "vontade da lei" e a "vontade do legislador", que originou a polêmica entre as chamadas teorias objetivas e subjetivas de interpretação,[108] acaba subtraindo de análise a questão das responsabilidades inerentes à figura do julgador, pois este deve "tomar consciência da história efeitual, aproximando a tradição da autoridade e da razão, [...] é sua responsabilidade".[109] Isso porque não importa ao juiz saber o que o legislador pretendeu dizer quando criou a norma[110] (momentos distintos entre criação da norma e sua aplicação, afastando, assim, da realidade, pelo dinamismo desta), como também é despropositado pensar em uma "vontade da lei", afinal, como já mencionado, não há como ela apresentar vontade própria.[111]

---

108 Lembra Camargo que, para o romantismo alemão, com a interpretação, tem-se a individualidade e o espírito da lei; já a crítica francesa (Saleilles e Ripert) atribui vantagem a uma interpretação da lei, sem se questionar a sua origem, pois a sociedade, em constante transformação, pede uma interpretação adequada ao novo tempo, mas questiona o que seria mais correto, "buscar a vontade de quem fez a lei ou a vontade, que de forma objetiva, podemos extrair do seu texto?", asseverando que "a vontade objetiva da lei acaba por prevalecer sobre a vontade subjetiva do legislador na doutrina jurídica do século XX", até porque considera que, na luta travada sobre a prevalência de uma ou outra teoria (subjetivista e objetivista), encontra-se subjacente uma luta política entre os poderes legislativo e judiciário. Assim, para a autora (sem analisar o papel do magistrado) qualquer das teorias seria válida, desde que produza um resultado de consenso. CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação:** uma contribuição ao Estado do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133-137.

109 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 179.

110 O que importa ao julgador ao interpretar normas constitucionais e de outras categorias jurídicas é a proteção substantiva dos direitos fundamentais, visto que tal tutela, além de se constituir como finalidade do ordenamento jurídico, representa, em seu operar, o desdobramento material dos direitos. Cf. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

111 Essa é uma ilusão atribuída pelo "senso comum teórico" que atua sobre os juristas como "um imaginário de referência a partir do qual se estabelecem as inibições, os silêncios e as censuras de todos os discursos das chamadas ciências humanas", e que estabelece a organização da vida social através de uma verdade científica, que acaba por infantilizar os atores sociais, que não conseguem pensar por si e ficam depen-

Todavia, nem todos os juízes reconhecem tal ilusão. Nesse aspecto, François Ost descreve os diferentes modelos de juízes.

1.3.2 *Os modelos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes*

François Ost[112] apresenta a tese da existência de "modelos de juízes", que caracterizariam os sistemas jurídicos contemporâneos. O professor belga inicia com a figura do chamado juiz Júpiter, que representaria o modelo liberal-legal, através de um direito codificado, articulado de forma hierárquica e piramidal, reduzido à simplicidade de uma obra única.

Os positivistas do Direito, em especial Kelsen, propõem um sistema jurídico hierarquizado de normas que são superpostas ou subordinadas umas às outras, superiores ou inferiores e derivadas, sendo que o movimento que dinamiza essa hierarquia diz respeito ao fundamento de validade das normas.

Ao explicar esse movimento, Kelsen refere que:

> por exemplo – Cristo ordenou que se amasse o semelhante, e nós postulamos como norma válida, definitiva, o enunciado "obedecerás aos mandamentos de Cristo". Não aceitamos como norma válida o enunciado "mentirás sempre que o julgares proveitoso" porque ele não é derivável de outra norma válida, nem é, em si mesmo, uma norma definitiva, válida de modo auto-aplicável. Chamamos de norma "fundamental" a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade de norma fundamental que constitui a ordem.[113]

---

dentes da atuação do Estado no que tange à produção, circulação e recepção de todos os discursos de verdade, sem que se tenha qualquer consciência e reflexão a respeito. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. v. II. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 69-70.

112 OST, François. Jupiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. Doxa, Cuadernos de Filosofia Del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170-194, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 338-343.

113 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 162-163.

No sistema jupiteriano, é a legalidade que confere a condição necessária e suficiente para a validade da regra. Nesse sentido, vê-se que o grau de suficiência da norma é conferido pelo simples fato de haver sido ditada pela autoridade competente e segundo os procedimentos, pois as questões anteriores de legitimidade e posteriores de efetividade não são consideradas. Disposta no vértice da pirâmide normativa, a juridicidade se esconde atrás da ficção da autoridade imaginária que, acredita-se, queira afirmar para si uma norma fundamental.

O modelo de juiz Júpiter pressupõe a adoção da forma da lei, expressando-se de forma imperativa e vinculada à hierarquia de normas, ou seja, com uma atuação racionalizada dedutivista e linear, em que as soluções particulares são deduzidas das regras gerais. A aplicação pura e simples de uma codificação mostrou-se ineficaz ao longo dos tempos.

Dessa forma, apresenta Ost outro modelo de juiz, sustentando ser o responsável pela exclusividade da jurisdição, ou seja, o juiz como única fonte de direito válida, chamado de juiz Hércules. Quanto a esse modelo, Dworkin considera que Hércules:

> [...] entende a idéia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como resultado da integridade, de adotar uma atitude interpretativa com relação aos eventos políticos que incluem a aprovação da lei. Ele anota as declarações que os legisladores fizerem no processo de aprová-la, mas trata-as como eventos políticos importantes em si próprios, não como evidência de qualquer estado de espírito por detrás delas. Assim, não tem nenhuma necessidade de precisar pontos de vista sobre o estado de espírito dos legisladores, ou que estados de espírito são esses, ou como ele fundiria todos em algum superestado de espírito da própria lei. Tampouco supõe um momento canônico de discurso para o qual sua pesquisa histórica se dirige; a história que ele interpreta começa antes que a lei seja aprovada e continua até o momento em que deve de decidir o que ela agora declara.[114]

Hércules, ao fixar os direitos jurídicos, já levou em consideração as tradições morais da comunidade e, em alguns casos, pode, inclusive, apresentar uma decisão que se oponha a essa moralidade da comunidade ou a algum outro aspecto desta, pois o juiz Hércules deve chegar a uma decisão, seja qual for a intensidade de reprovação pela comunidade.[115]

---

114 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 380.

115 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 193-203.

Essa tarefa de interpretação não pode, segundo Dworkin, ser conduzida por um juiz normal. Por isso, ele apresenta a figura de Hércules, que ressalta a ideia de um juiz com superioridade, no que tange à capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade. É em face dessas qualidades que o autor apresenta esse modelo, ao tratar da análise dos casos difíceis.

No modelo de Hércules, "o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo. Ele se guia pelo princípio da integridade na prestação jurisdicional",[116] que o direciona a enxergar, quando possível, o direito em sua completude, de forma coerente e estruturada.

Hércules, do mesmo modo que no modelo jupiteriano, decide e também aplica normas codificadas. Contudo, leva em consideração outros aspectos esquecidos por aquele, como já ressaltado. Ost[117] aduz que o Hércules dworkiniano apresenta os defeitos caracterizadores do juiz monopolizador da jurisdição, pois ele propicia um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares, porquanto pretende mais a regulação judicial dos interesses privativos do que simplesmente assegurar a aplicação mais correta da lei.

Nesse modelo, a generalidade e a abstração da lei deixam lugar à singularidade e ao concreto do juízo, entendidas agora como simples possibilidades jurídicas o que antes eram regras gerais e normativas. Como tal, cabe ao juiz dar sustentabilidade às suas decisões. Enquanto o juiz jupiteriano era um homem vinculado à lei, Hércules considera o direito como um fenômeno fático e complexo, formado pelo desempenho das autoridades judiciais. Dessa forma, ocorre uma mudança significativa de entender o Direito, que passa a ser visto pelo prisma de uma extremidade de funil ou pirâmide invertida, e não mais como o vértice desta.

Para Dworkin,

> A técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibi-

116 SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 84.

117 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 339.

> lidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com freqüência, os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. Mas submetê-las a quem? Não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou se houver uma razão será preciso mudar o processo de seleção de juízes, e não as técnicas de julgamento que eles são instados a usar. Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica da decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade.[118]

Afastando-se dessa dualidade – funil ou pirâmide –, surge a figura do juiz Hermes: aquele que trabalha em rede, abstraindo-se de se concentrar em um polo ou outro, optando por enfatizar uma multiplicidade de pontos de interligação, considerando o direito em todas as suas possibilidades, com combinação infinita de poderes intercambiados, de atores e regras, que não se deixa aprisionar por um código ou uma decisão.[119]

Hermes, deus da comunicação, da circulação e da intermediação,[120] foi escolhido para representar o personagem do juiz que atua através dos fluxos de informações e que concebe o Direito como um sistema de recursos, considerando-o "uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis".[121]

---

118 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 203.

119 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 339.

120 "um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso". STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 430-434.

121 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Se Júpiter vinculava-se às convenções, Hércules ao decisionismo ou ao caráter inventivo, Hermes, ao contrário, respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo da jurisdição, não se reduzindo à improvisação e, tampouco, à simples determinação de uma regra superior. Para Streck, "o juiz Hermes não é nem transcendência e nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra)", considerando a visão de direito em Hermes uma teoria lúdica.[122]

Os modelos de juízes apresentados por Ost são questionados na contemporaneidade, a partir das teorias do Direito apresentadas no século XX e da sua confrontação com a hermenêutica filosófica ou com o neoconstitucionalismo. As críticas, na maioria, são direcionadas ao modelo de Hércules, uma vez que, no modelo Hermes, encontramos aspectos relevantes em suas características.

Streck[123] apresenta nove pontos de divergência com a tese de Ost, iniciando por refutar o esforço demasiado de encaixar o modelo de Hércules dentro da sistemática do direito do Estado Social, apresentando-o como contraponto ao juiz do modelo de Estado Liberal, do qual Júpiter seria o representante ostiano. Aduz, ainda, Lenio, em sua crítica, que o modelo herculeano representa o extremo oposto do que Ost pretende colocar em sua metáfora, pois não se reveste em uma configuração do "juiz/sujeito-solipsista", uma vez que configura Hércules uma verdadeira antítese do juiz refém da filosofia da consciência e, portanto, adepto à discricionariedade.

A crítica prossegue, porquanto, no entender de Streck, as características de Hércules apresentadas na tese de Ost, representadas em síntese por um assistencialismo, podem ser levadas a cabo por qualquer juiz ou tribunal, sem que se pratiquem decisionismos ou arbitrariedades, pois tais práticas já se encontram vedadas pela coerência e integridade que configuram qualidades próprias do modelo dworkiniano.

Um quarto ponto de crítica diz respeito à gestão do juiz do modelo Hércules, na qual, para Ost, "a generalidade e abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo",[124] afastando, assim, a análise principiológica, pois Ost faz parecer que princípios não são balizadores em sentido *stricto* da moral no direito, via de regra encontrado em produções democráticas, como no caso de constituições democráticas, que

122 STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 339-342.
123 *Idem*, 2007, p. 340.
124 *Idem*, 2007, p. 340.

apresentam o papel da moral no Estado Democrático de Direito. Parece a Ost, assim, que os princípios têm funções gerais, servindo apenas para otimizar a interpretação.

A tese de Ost apresenta, no pensamento de Streck, um verdadeiro reducionismo dos modelos, tanto de direito, quanto de juiz, pois, segundo Lenio, aquele autor não considera outros modelos, como o modelo "ponderador" propugnado por Alexy[125], no qual, ao decidir casos difíceis, confrontam-se os princípios colidentes, ou modelos analíticos característicos em paradigmas metodológicos, sem nos esquecermos, também, da teoria discursiva de Habermas[126].

No entender de Streck, a tese de Ost esquece-se igualmente do "paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social"[127], e, portanto, desconsidera a importância do constitucionalismo, no sentido de confrontar e romper com o paradigma positivista e o modelo de regras.

Negligenciando essa importância, Ost deixa de adentrar na análise do "enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e consequentemente da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural) entre regra e princípio".[128]

Da mesma forma, ao descrever que o modelo Hermes respeita o caráter hermenêutico e reflexivo do pensamento jurídico, não se reduzindo a alguma imposição ou pré-determinação, Ost, diz Lenio, acaba por equipará-lo ao modelo herculeano de Dworkin, que apresentou, segundo seu entendimento, bem como considera reversíveis os limites do direito

---

125 ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 612-622.

126 Em Habermas, considera-se que "à medida que na articulação e ponderação de políticas seja relevante a escolha de recursos e estratégias racional-finalistas (com base em informações empíricas) é preciso já terem sido dadas preferências suficientemente claras e capazes de proporcionarem o consenso. Se as próprias preferências são controvertidas, porque nelas se chocam interesses opostos, então é preciso encontrar os ajustes adequados ao procedimento (e é nos discursos morais que cabe decidir sobre a justeza e honestidade dos procedimentos)". HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 371.

127 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 341.

128 *Idem*, 2007, p. 341.

e não direito, fazendo, portanto, concessões a Hércules que ele próprio critica.[129]

Ao finalizar sua crítica à tese dos modelos de juízes, apresentada por Ost, Streck lembra que o doutrinador belga avalia que tanto o modelo Júpiter como o modelo Hércules estão em crise, sem considerar o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo introduzido em muitos países, no Segundo Pós-Guerra, que acabaram por fomentar uma significativa intervenção do Poder Judiciário. Tal consideração, sem levar em conta tais contribuições, pode revestir-se em simples idealismos.

Para Streck[130], portanto, "contrapor o modelo de Hermes aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social) apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica [...]" o direito, e como se devem fazer e em quais condições são proferidas as respostas aos casos particularmente considerados.

Enfim, dos modelos apresentados por Ost, podemos identificar juízes submetidos a rotinas e outros que vivem na angústia.

1.3.3 *Do juiz medíocre submetido à rotina ao idealista angustiado*

O termo "medíocre"[131] diz respeito àquele "comum, ordinário, vulgar, mediano". No pensamento de Ingenieros[132], isso não é diferente, pois este repudia a falta de atitude do medíocre de forma contundente.

O papel do juiz, como bem referiu Ost,[133] entre os mais variados temas jurídicos abordados na literatura, é, certamente, o mais recorrente, até porque lhe cabe atuar intensamente em um processo.

Nesse processo, como referiu Ricoeur, citado por Ost, "está o juiz, homem da lei certamente, entrincheirado atrás de sua toga e de seu códi-

---

129 Para Lenio, Ost equivoca-se "ao dizer que as fronteiras que separam o sistema e seu meio ambiente não deixam de ser móveis e paradoxais", visto que os limites do direito e do não direito não são reversíveis. Ainda, Ost esquece que o direito "é sempre, ao mesmo tempo, algo mais que ele mesmo" ao traçar seu modelo de Hércules. *Ibidem*, p. 342.

130 *Ibidem*, *loc. cit.*

131 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI:** o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1306.

132 INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

133 OST, François. **Contar a lei:** as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

go, mas às vezes também homem sensível, exposto ao recurso que os personagens intentam diante dos leitores, juízes últimos da ficção literária".[134]

Para Ost,

> Nada impede pensar – os historiadores do direito nos sugerem isso – que o juiz foi, antes do legislador, e bem antes do administrador, a primeira figura jurídica: a primeira autoridade que, destacando-se da comunidade, foi investida da tarefa de dizer o direito para a comunidade. Mas para tanto terá sido necessário que essa comunidade desse um passo, a bem dizer, incomensurável, e no qual se pode ver o ato fundador do direito como um todo: a renúncia a fazer justiça por si mesma e o recurso a um terceiro imparcial – acima das partes – para decidir a contenda.[135]

Para sair da trincheira do processo, o juiz poderá revestir-se de um ideal ou simplesmente se resignar a praticar um ato medíocre, o qual se evidencia quando decide de uma forma burocrática, deixando, portanto, de efetivar a justiça.

Agindo dessa forma, o julgador faz lembrar o processo descrito por Kafka,[136] o qual inicia com uma ordem de detenção a um homem (Josef K.) sem qualquer explicação por parte dos seus detentores, que se limitam a declarar "você não pode sair; está detido [...] volte para o seu quarto e espere ali. O inquérito está em curso, de modo que se inteirará de tudo em seu devido tempo".

Nessa clássica obra, afora o juiz de instrução, fantoche nos primeiros capítulos, o detido, em mais de doze meses, não encontrará nenhum outro e, quando encontra, o juiz, como refere Ost,[137] "acumula então os papéis de acusador e de árbitro, o que não deixa de levantar dúvidas quanto a sua imparcialidade".

O processo kafkaniano faz Ost[138] apresentar o seguinte questionamento: "Como poderia o juiz chegar à posição de árbitro, do terceiro acima da disputa e a igual distância da acusação e da defesa? Como poderia organizar a circulação da palavra diante dele e garantir a igualdade dos demandantes, se ele acusa e julga ao mesmo tempo?"

---

134 *Idem*, 2007, p. 97.

135 *Idem*, 2007, p. 97.

136 KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 39.

137 KAFKA, Franz.*Op. cit.*, p. 457.

138 KAFKA, Franz.*Op. cit.*, p. 457-458.

Ainda, infelizmente, vemos juízes reeditarem o processo kafkaniano de forma medíocre. José Ingenieros,[139] em sua clássica obra, adverte que, "quando um medíocre é juiz, ainda que compreenda que seu dever é fazer justiça, submete-se à rotina e cumpre o triste ofício de jamais a efetivar, dificultando-a muitas vezes".

Ingenieros[140] ressalta que "os costumes e as leis podem estabelecer direitos e deveres comuns a todos os homens, mas estes serão sempre tão desiguais como as ondas que encrespam a superfície do oceano". Nesse sentido, podemos perceber que, no "mar" do processo, nem todos os navegadores são iguais ou, ainda, navegam em águas iguais.

Ingenieros assevera também que:

> O normal não é o gênio nem o idiota, não é o talento nem o imbecil. O homem que nos cerca, aos milhares, é o que prospera e se reproduz no silêncio e nas sombras: é o medíocre. [...] uma sombra projetada pela sociedade; é imitativo por essência, e perfeitamente adaptado a viver em rebanho, refletindo as rotinas, preconceitos e dogmatismos reconhecidamente úteis à domesticidade. [...] O medíocre nada inventa, não cria, não impulsiona, não rompe, não engendra; mas, por outro lado, guarda zelosamente a estrutura de automatismos, preconceitos e dogmas acumulados durante séculos [...] pensam com a cabeça dos demais, compartilham a hipocrisia moral alheia e ajustam seu caráter às domesticidades convencionais. [...] Condenados a vegetar, não suspeitam que além dos horizontes existe o infinito. [...] carecem de iniciativa e olham sempre para o passado, como se tivessem olhos na nunca. São incapazes de alguma virtude: ou não a concebem, ou ela lhes exige esforço demasiado. [...] Quando se juntam se tornam perigosos. A força do número supre a fraqueza individual: conluiam-se, aos milhares, para oprimir aqueles que desprezam sujeitar sua mente às algemas da rotina. [...] repetem que é preferível o mau conhecido ao bom por conhecer. Ocupados em desfrutar o existente, nutrem horror a toda inovação que perturbe sua tranqüilidade e lhes traga incômodos. [...] Habituados a copiar escrupulosamente os preconceitos do meio em que vivem, aceitam sem qualquer análise as idéias destiladas no laboratório social [...]. Sua impotência para assimilar novas idéias os impele a conviver com as antigas. A rotina, síntese de todas as renúncias, é o habito de renunciar a pensar.[141]

Já o modelo idealista apresentado por Ingenieros[142] "mantém-se hostil ao seu meio. Sua atitude é franca resistência à mediocridade". Dessa forma, o juiz capitão da *nau* chamada processo, responsabilizando-se pela

139 INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
140 *Idem*, 2004, p. 59.
141 INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 62-86.
142 *Idem*, 2004, p. 46.

embarcação, age em busca do ideal de justiça. *A contrario sensu*, sua irresponsabilidade representa não a única, mas, inegavelmente, uma das causas de inefetividade do Judiciário.

Nesse sentido, Hommerding[143] sinaliza para a responsabilização dos juízes ao referir que "o problema da responsabilidade dos juízes, que também pode ser considerado uma das causas da inefetividade do processo civil, é um outro obstáculo. [...]. Aliás, é sempre o juiz que deve tomar as rédeas de qualquer situação, pois é ele quem tem a responsabilidade", até porque o juiz deve angustiar-se, pois "viver na angústia é o que impede ao jurista o fechar-se para o mundo"[144]. É necessário, por isso, que haja, conforme Capra[145], esse "ponto de mutação". Para isso, o julgador precisa ser idealista, e não medíocre.

Ao juiz, aqui entendido como integrante-partícipe da comunidade (portanto de uma cultura parcial, de onde, aliás, retira valores e pré-conceitos de significações de justiça), é impossível a imparcialidade no que tange aos valores da Constituição, pois, caso contrário, sendo imparcial frente a ela, estará proferindo uma decisão manifestamente inconstitucional.[146] Nesse sentido, cabe ressaltar que um dos princípios básicos do processo é a imparcialidade, sendo essa característica fundamental para a concretização da jurisdição. Porém,

> o juiz deve ser imparcial no sentido de não ter "interesse pessoal" na solução do litígio, o que não implica sua neutralidade. [...] O juiz, assim, tem a característica da imparcialidade previamente fixada e socialmente difundida, o que lhe permite manter a devida distância de seus "papéis" não-judiciais, como pai, amigo, colega etc. [...] O juiz, evidentemente não é "desinteressado", pois, afinal de contas, o ser-no-mundo não é um sujeito puro ou desinteressado. [...] Sempre se dá uma compreensão ligada às condições e ao modo de ser-no-mundo.[147]

Todavia, para Darci Guimarães Ribeiro há uma confusão conceitual, no que tange à (im)parcialidade do juiz, pois, segundo seu entendimento, há distinção entre a imparcialidade humana e a imparcialidade filosófica,

---

143 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

144 *Idem*, 2007, p. 162.

145 Cf. CAPRA, Fritjof. **O ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

146 HOMMERDING, *op. cit.*, p. 154.

147 HOMMERDING, *op. cit.*, p. 155-156.

também chamada de neutralidade por autores diversos. Ressaltam esses pensadores, de um ponto de vista filosófico, que o juiz tem suas preferências e inclinações ideológicas, sendo, assim, parcial, desse ponto de vista; já no que concerne à natureza do homem (como ser social e individual), "ser imparcial é não deixar as suas convicções, as suas predileções sobrepujarem os elementos constantes nos autos. Isso é ser humanamente imparcial", sendo que tais convicções e predileções devem certamente pesar no julgamento, mas não de modo a "inviabilizar os critérios objetivos e subjetivos constantes dos autos. Não pode pesar mais do que o necessário para interpretar ambos os critérios".[148]

Contudo, "a tentação do espectador imparcial na história não é nada mais do que uma tendência para o objetivismo típico das ciências naturais. Nosso conhecimento do passado sempre vem carregado pelas condições que no presente nos ocupam e limitam".[149] Dessa forma,

> A interpretação judicial é uma interpretação que deve ser "imparcial", pois se diferencia das "interpretações interessadas", que podem ser feitas pelos advogados em favor de seus clientes ou por dirigentes políticos em prol de seus partidos. A "gestão" interpretativa do juiz haverá de ser desinteressada. Essa nota de "imparcialidade" ou de "desinteresse" na interpretação judicial da Constituição significa que o juiz não deve estar a serviço das partes de um processo, senão dos valores da Constituição. Porém, de nenhum modo é uma hermenêutica "ideologicamente neutra", pois a Constituição não é neutra.[150]

Assim, o juiz idealista angustiado decide com base nos valores[151] da Constituição e de forma alguma recai na mediocridade de se esconder

---

148 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 20-21. Tal autor sustenta, ainda, que os limites do necessário à interpretação deverão ser encontrados na fundamentação do juiz, sendo mais imparcial aquele que conseguir melhor fundamentar sua decisão.

149 STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1972, p. 29.

150 HOMMERDING, *op. cit.*, p. 156.

151 Acompanhando Emílio Betti, Streck ressalta que "valor é algo absoluto que tem em si, como sua essência, uma existência ideal; algo que contém a base da sua própria validade; uma entidade que se mantém afastada de qualquer mudança e de qualquer redução através da arbitrariedade subjetiva; e que, não obstante, subsiste como entidade alcançável pelo conhecimento com o auxílio de uma estrutura mental que transcende o eu empírico e o integra num cosmos superior, que é partilhado por aqueles que conquistaram a necessária maturidade espiritual". Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107. Alexy con-

atrás de uma norma[152] que não contenha esses valores, compactuando, desse modo, com um juridicismo, o qual simula uma solidez conceitual que esconde suas significações, através de um caráter vago, servindo para garantir um funcionamento "sacralizado dos saberes da lei no interior do sistema das instituições sociais do ocidente: uma mitologia da onipotência".[153]

Um modelo angustiado é necessário, porquanto,

> em face do novo modelo de Direito (exsurgente do novo paradigma constitucional), *o intérprete do Direito deve(ria) ter a angústia do estranhamento; a angústia do sinistro.* Não é difícil perceber que essa angústia do estranhamento não está ocorrendo, o que se pode comprovar pela inefetividade do texto da Constituição. Por isso, cabe-nos a tarefa de des-cobrir/suspender os pré-juízos que cegam, abrindo uma clareira no território da tradição. *Afinal*,

---

sidera que valores "tratam-se de juízos sobre algo que tem um valor", portanto, um conceito vago que necessita da busca pelo critério de valoração. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 149.

152 Acquaviva destaca que "a palavra *norma* vem do latim *norma* (esquadro, régua), e revela no campo da conduta humana, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido. Por isso o adjetivo *normal* refere-se a tudo que seja permitido ou proibido no mundo humano, no mundo ético; e refere-se, também, a tudo que, no mundo da natureza, no mundo físico, ocorre, necessariamente, como descrito num enunciado físico". Cf. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994, p. 857-858. Robert Alexy afirma que o conceito de norma é fundamental para a ciência do direito, considerando-a como "o sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta ou uma expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como conseqüência uma reação social, como uma expressão como uma forma determinada ou uma regra social", salientando que "toda a norma é ou uma regra ou um princípio". In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 52-91. Se tratamos de uma *norma jurídica*, estaremos nos referindo a "um enunciado que estabelece uma consequência (jurídica) quando da aparição de certas circunstâncias". Cf. SGARBI, Adrian. Norma. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 598. Ademais, "as normas não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorporam à conduta humana". Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

153 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. v. II. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 84.

> *compreender significa poder-estar-apto-a-abrir clareiras! Compreender é ser--em; é poder estar-aí.* Compreender é poder-ver-o-clarear-da-clareira, e é o ato de interpretação que elabora essa compreensão.[154] (Grifos no original)

Após a análise do discurso positivista, do modo de interpretação/aplicação do direito por parte dos magistrados, e seu papel no que concerne à outorga da tutela jurisdicional, vê-se que esse modelo não serve mais (se é que serviu) para uma sociedade multifacetada. Essa sociedade exige profundas mudanças, em face do desencantamento com os padrões até então impostos, em especial no que tange à economia de mercado que, ao longo da história, começa a ter papel importante para o crescimento das economias mundiais, principalmente no que se refere ao modelo de Estado de Direito cuja conformação se pretende.

Tais mudanças apresentam-se justificadas, considerando-se que:

> A cultura, que antes era entendida como unidade totalizante, passa a ser apreendida a partir da diferenciação de esferas culturais de valores autônomas, que produzem, por sua vez, imagens do mundo, [...] Um bom exemplo é a especialização no âmbito dos saberes, inevitável em função de progressiva evolução social do trabalho.
> Por outro lado, a própria idéia de racionalidade resultante das estruturas da consciência moderna garante o processo de racionalização das imagens do mundo.[155]

Esse anseio por mudanças orienta um movimento teórico que pretende "superar a racionalidade idealista do pensamento jurídico dominante. Ou seja, denunciando o caráter imaginário das relações que se apresentam entre Direito, o Estado e a Sociedade".[156] Esse movimento contrapõe-se ao modelo tradicional, o qual centra, como vimos, a noção de direito em normas positivas, a fim de "supostamente" mostrar o funcionamento das leis na sociedade. Tal contramovimento acabou por influenciar uma crítica ao discurso jurídico, como será analisado na próxima seção.

---

154 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 294.

155 PÊPE, A. M. B; WARAT, Luis Alberto. Filosofia do Direito: uma introdução crítica. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 89.

156 WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. v. II. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 353.

Capítulo 2
Posturas Contrapostas ao Modelo Tradicional

No sentido de caracterizar cientificamente o conceito de Direito, o positivismo apresenta-se como um sistema de normas que supostamente dariam sentido jurídico às ações sociais. Ou seja, a escola positivista pretende, na redução dos comportamentos sociais, desenvolver uma ciência formal, ao considerar que aqueles comportamentos estão previamente amparados por uma estrutura normativa[1].

Tal reducionismo, que ocupava de forma hegemônica o pensamento dominante, começa a ser questionado nas academias e por alguns pensadores, tais como Jürgen Habermas (Alemanha), Ronald Dworkin (Estados Unidos), Castanheira Neves (Portugal), Luis Alberto Warat (Argentina/Brasil) e Lenio Streck (Brasil) entre outros, que apresentam um discurso crítico[2] ao padrão dominante, na busca de superar as teorias conserva-

---

1 PÊPE, A. M. B; WARAT, Luis Alberto. Filosofia do Direito: uma introdução crítica. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 47-96.

2 Warat refuta a nomenclatura de *teoria crítica do direito*, pois, no seu entender e a partir de haver "quase um consenso entre os adeptos da teoria crítica do Direito de que não se produziu nenhuma teoria crítica, mas uma crítica às teorias jurídicas hegemônicas, principalmente ao positivismo jurídico. Se afirmarmos que não há uma teoria crítica do Direito, é porque não existe nenhum discurso que, se autodenominando pertencente a essa corrente, apresente as características que um discurso teórico deve apresentar: coerência, precisão, regras de derivação lógica, não-contradição

doras do saber jurídico instituído, principalmente a partir do legado do positivismo jurídico, como veremos adiante.

2.1 O modelo habermasiano

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, emergem reações contra a filosofia iluminista vigente à época, em face da dúvida acerca da civilização humana e a base desta: a razão. O clima de desconfiança sobre as ações ditas racionais em um mundo que se autodestruía com bombas nucleares fez intelectuais[3] (Foucault, Derrida, Rorty) observarem a condição humana e apostarem na capacidade do agir comunicativo contra o agir estratégico.

A teoria discursiva surge, pois, com "a pretensão de ajustar definitivamente a proposta de Habermas à filosofia da linguagem, de forma a se enquadrar em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro para a civilização".[4]

Jürgen Habermas apresenta uma teoria[5] que não pretende ser apenas descritiva, mas que vá ao encontro das condições necessárias para uma legitimação democrática do direito, legitimação esta que, portanto, sustente um Estado Democrático de Direito. A proposta de Habermas apresenta, assim, mais pretensões normativas do que descritivas.

Pretende reconstruir as funções do direito a partir de uma teoria discursiva, interpretando o fenômeno da modernidade de maneira a considerar a evolução social como um processo de diferenciação de segunda ordem. Assim, a modernidade, no pensamento habermasiano, deve ser analisada em uma dupla perspectiva – aumento de racionalidade do mun-

---

entre outros enunciados, enfim, tudo o que o cientificismo diz que é uma teoria. [...] O que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e complicadores contra as teorias jurídicas dominantes [...]". WARAT, *op. cit.*, p. 79-80.

3 Que pretenderiam, segundo Souza Cruz, uma postura irracional. SOUZA CRUZ, Álvaro R. de S. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 249.

4 *Ibidem*, p. 132.

5 "A base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. Segundo Habermas, em todo ato de fala (afirmações, promessas, ordens etc.) dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade (*eine Anspruch auf Gültichkeit*), quer dizer, pretende que o dito por ele seja válido ou verdadeiro num sentido amplo". ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 161.

do da vida e da complexidade do sistema – que permite a observação da variação de crescimento entre uma e outra, até porque

> o conceito "mundo da vida", da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados. Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, à qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros. Os indivíduos socializados não conseguiriam afirmar-se na qualidade de sujeitos, se não encontrassem apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas e vice-versa.[6]

Com efeito, Habermas entende que há mais de uma perspectiva de observação da mesma sociedade. Todavia, considera ser possível a observação da evolução social a partir do mundo da vida, o qual não é orientado, como pressupõe Luhmann, apenas por um meio sistêmico[7], pois, neste, a observação está sempre ligada a um sistema. Na perspectiva habermasiana, o mundo da vida, portanto, não está subsumido nos sistemas.[8]

No modelo habermasiano, o direito tem papel fundamental, visto que a evolução dos sistemas e o seu desacoplamento do mundo da vida somente podem ocorrer satisfatoriamente se moral e direito estiverem elevados a um alto grau de evolução, a ponto de propiciar a integração social. Todavia, essa cisão não significa que os sistemas atuem de modo fechado

---

6 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 111.

7 Leonel Severo Rocha, ao comentar sobre o livro "A Sociedade da Sociedade", considera que Luhmann propõe que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia: tudo está incluído dentro da sociedade. Não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Esse é o ponto de partida fundamental. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

8 SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120-121.

operacionalmente, pois Habermas não renuncia à racionalidade comunicativa e, assim, considera tal desacoplamento como uma "*diferenciación entre diversos tipos de coordinación de la acción, coordinación que se cumple, o bien a través del consenso de los participantes, o bien a través de nexos funcionales da La acción*",[9] entendendo que os sistemas permanecem ligados ao mundo da vida pelo direito formal.[10]

Nesse sentido, estaria o direito se especializando, para atingir toda a sociedade, representando um meio de projeção dos sistemas sobre o mundo da vida, na tentativa de dominar suas formas de integração espontânea. Contudo, através das lutas dos movimentos sociais, o direito rompe com essa lógica para se configurar como instrumento de garantias sociais, no sentido de que se apresenta como forma para as demandas do mundo da vida mostrarem-se perceptíveis aos sistemas políticos e econômicos. Assim, "Habermas salienta que o direito, neste caso, passa a ter um papel ambíguo, pois ao mesmo tempo em que pode ser instrumento de uma colonização do mundo da vida, ele também pode ser um meio de codificação de garantias".[11]

Dessa maneira, a história da reflexão metodológica sobre as ciências humanas passa por uma reconstrução a partir de Habermas, através da qual se identificam outros tipos de reflexão além do empirismo, tais como a hermenêutica gadameriana, que tenta substituir o enfoque objetivante neutro do cientista social perante o objeto pela compreensão, que pressupõe a imersão do intérprete no objeto (cultura), capturado somente com a participação efetiva daquele, pois todas as formas de conhecimento devem estar a serviço da emancipação humana, a qual representa um interesse fundamental a essa espécie.[12]

Aliás, é através da emancipação humana que, segundo Habermas, os homens podem se libertar das situações de alienação e despolitização,

---

9 HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** crítica de la razón funcionalista. v. II. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, 1999, p. 263.

10 "A partir desse modelo, Habermas analisa também a tendência à 'juridicização' da sociedade moderna. Para ele, essa expressão se refere 'à tendência que se observa nas sociedades modernas a um aumento do direito escrito'". SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 124.

11 SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Loc. cit.*, p. 125.

12 LEAL, Rogério Gesta. Jürgen Habermas. BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 403-408.

porque, desse modo, tornam-se capazes de participar da gestação comunicativa do poder, assumindo o poder político pela própria cidadania. Na teoria da ação comunicativa, busca-se desenvolver uma teoria social preocupada em validar seu próprio padrão crítico, ou seja, é na compreensão adequada da ação comunicativa que se encontram as bases normativas da teoria social crítica, o que distancia Habermas do paradigma positivista dominante.

No pensamento desse filósofo, o fundamento do direito tem como ponto de partida a teoria do discurso ou do agir comunicativo. "Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo".[13] A teoria do discurso é desenvolvida a partir de duas perspectivas: a de uma teoria sociológica do Direito e a de uma teoria filosófica de justiça.

> Até agora nós aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica como que a partir de fora, na perspectiva de um teórico. O teórico diz para os civis quais são os direitos que eles teriam que reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Isso explica a natureza abstrata das categorias jurídicas abordadas. É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários.[14]

Habermas aduz que "o princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para a fundamentação de qualquer tipo de direito",[15] pois somente com sua interligação com o *medium*[16] do direito é que o princípio do discurso pode assumir uma forma de princípio da democracia[17].

---

13 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154.

14 HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 163.

15 HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 165.

16 "O *medium* do direito, enquanto tal pressupõe direitos que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral". HABERMAS, *op. cit.*, p. 155.

17 "O princípio do discurso explica o ponto de vista sob o qual é possível 'fundamentar imparcialmente normas de ação'". SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia:** uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 128.

Com a ação comunicativa, alcançam-se pactos semânticos que viabilizam uma civilidade emancipatória e humanista, que obriga os sujeitos a saírem do egocentrismo em que se encontram, possibilitando, assim, realizações como pessoas humanas alheias aos seus interesses próprios e individuais. Desse modo, a faticidade da imposição do Direito pelo Estado interliga-se com a força de um processo de normatização do Direito, que se pretende racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade. Tal normatização compreende a validade social das normas jurídicas[18].

Participando de discursos racionais, a partir do princípio habermasiano, podem-se validar até mesmo as normas alheias a uma dimensão ética, pois Habermas confere ao discurso uma dimensão de caráter sociológico ou cultural. O discurso tem caráter pragmático-empírico e, portanto, que compreende o mundo vivido, segundo seus críticos, como "senso comum ideal(izado), com funções contrafatuais".[19]

Nesse ponto, Habermas entende que o direito entra em contato com a moral,[20] no momento em que se tem o processo de formação democrática da legislação. Assim, o filósofo considera haver uma separação total entre direito e moral, pois admite que os "conteúdos morais, na medida em que são trazidos para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado".[21]

Com Habermas,

> o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. [...] a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.[22]

---

18 LEAL, Rogério Gesta. Jürgen Habermas. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 403-408.

19 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40-41.

20 Pois a teoria discursiva "parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso". HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 253.

21 *Ibidem*, p. 254.

22 *Ibidem*, p. 287.

Assim, vê-se que o autor diferencia internamente o sistema político (divisão dos poderes), na medida em que considera a função de aplicação das leis relegada ao sistema jurídico e, portanto, a justificação quanto à elaboração das decisões não está disponível unicamente a esse sistema, pois se encontra vinculada a um processo legislativo complexo[23].

Para a teoria habermasiana, "uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente"[24] e

> [...] todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.[25]

Para a aplicação do direito, somente será admitida a utilização de princípios se esses forem inseridos como critério de decisão a partir do processo democrático que forma a legislação, já que, assim, tornam-se jurídicos e adquirem um caráter deontológico. Caso contrário, se ocorrer a "produção" de novos princípios tão somente para dar vazão à necessidade de um processo de aplicação, eles não serão aceitos por Habermas, pois "tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação".[26]

O pensamento habermasiano se notabilizou, ainda, por reconhecer a importância da reflexão hermenêutica para se contrapor à objetividade das ciências do espírito e também das ciências naturais, bem como para conectar o homem ao mundo da vida, salvaguardando-o dos males e do caráter insensível de uma razão unicamente instrumental. Contudo,

---

23 "Ora, a prática de decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. Ora, o discurso político e a prática da legislação constituem, sob pontos de vista do direito constitucional, um tema importante da dogmática jurídica; mesmo assim, uma teoria do direito, que leva em conta discursos jurídicos, só se abre a eles na perspectiva da jurisprudência". HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 297.

24 *Idem*, 2003, p. 289.

25 *Idem*, 2003, p. 288.

26 *Ibidem*, p. 258.

contrapõe-se ao pensamento hermenêutico de Gadamer por concluir ser esse insuficiente para lidar com os aspectos anteriores e fundamentais.[27]

Da mesma forma que critica a hermenêutica gadameriana, Habermas contrapõe-se ao juiz Hércules de Dworkin, o qual por este foi concebido para realizar a tarefa de enfrentar o problema da segurança jurídica e legitimidade do direito, através de uma teoria reconstrutiva do direito, com pretensões fortes, pois esse juiz Hércules, com poderes sobrenaturais, no entendimento habermasiano, deve limitar sua ação a uma reconstrução do direito posto, e não a uma construção de responsabilidade do legislador, já que "Hércules não pode equiparar o papel teórico, que reconstrói o direito vigente, com o do legislador que o constrói".[28]

Em que pese a crítica habermasiana, veremos que Hans-Georg Gadamer contribui de forma significativa para a (tentativa de) elucidação do problema interpretativo.

2.2 A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e seu contributo para o problema interpretativo

Hans-Georg Gadamer, filósofo alemão que traz a público, especialmente com sua obra *Verdade e Método*, uma hermenêutica filosófica, a qual vem ocupando lugar de destaque nas discussões epistemológicas, foi discípulo de Heidegger e dele se emancipou[29] para se constituir em um

---

[27] Nesse sentido, "argumenta HABERMAS, a precedência da tradição, que caracteriza a universalidade hermenêutica, ao ser interpretada como evento mediado pela linguagem comum, revela-se inócua para nos revelar as perturbações sofridas no seio dessa linguagem. Tais perturbações ou distorções da linguagem podem ocorrer em nível individual ou interior, o qual pode a matriz teórica da psicanálise investigar, ou em nível sociocoletivo, orbe afeita à crítica da ideologia de inspiração marxista. Tanto em um caso como em outro, a hermenêutica não consegue projetar seus tentáculos universais. E mais do que isso, querer atribuir universalidade ao enfoque hermenêutico segundo HABERMAS, significa assumir o risco de um consenso formado de modo violento e distorcido". SILVA FILHO, J. C. M. **Hermenêutica Filosófica e Direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 74.

[28] HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 264.

[29] Apesar de ser possível identificar três temas sustentados por Heidegger, a saber: "1) um conceito mais originário de compreensão (*Verstehen*), que se refere não aos processos intelectuais de um sujeito na apreensão que ele faz de um determinado objeto de seu conhecimento, mas, antes, a uma determinada forma de 'ser-no-mundo' (*in-*

grande pensador do século XX. Assim como Habermas, usa da crise da racionalidade iluminista para apresentar sua tese.

A hermenêutica filosófica de Gadamer pressupõe repensar o lugar que ocupamos no ambiente em que habitamos, pois o pensador considera que "aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo".[30] Dessa forma, "a elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição".[31]

Assim, trabalha Gadamer a hermenêutica como uma visão acerca do que significam o pensar e o conhecer para o homem na vida prática, colocando-se "no lugar do outro para poder compreendê-lo",[32] e, portanto, colocando a si mesmo fora da situação de entendimento, até porque ele próprio não pode ser atingido.

Com base principalmente no pensamento heideggeriano, sua hermenêutica filosófica amplia um projeto mais geral, na busca de uma coexistência de um iluminismo reflexivo-filosófico, entendido como um caminho do pensamento, através de pesquisa e de explicações racionais do mundo de uma forma livre, com a tradição, a qual representa a pré-existência do sentido pela mediação da linguagem, de forma mais legítima e não dogmática.

Desse modo, a hermenêutica filosófica de Gadamer critica a postura extratradição da reflexão iluminista que, ao se pretender antidogmática, acaba por procurar a fundamentação no âmbito abstrato, afirmando uma autoconsciência autônoma. Contrapondo esse modelo, Gadamer "pretende estabelecer uma atitude de pensamento que seja efetivamente não dogmática, ou seja, que entenda que a Filosofia deve ser, sim, uma prática de

---

-der-Welt-sein); 2) o projeto de *Destruktion* da metafísica, que visa de-sedimentar as camadas de sentido que se sobrepuseram e se estabilizaram sobre os conceitos, no decorrer de sua transmissão ao longo da história da metafísica, a fim de resgatar a experiência de pensamento originariamente expressa nos mesmos; 3) a tematização da essência da verdade como algo que, mais originariamente, diz respeito ao âmbito da arte, e apenas por derivação da lógica". DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 372.

30 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 400.

31 *Idem*, 2005, p. 400.

32 *Idem*, 2005, p. 400.

caráter iluminista, mas um Iluminismo que se volte, igualmente, contra o seu próprio dogmatismo".[33]

Por meio de um diálogo que se reconhece interpretativo, é através da tradição[34] que Gadamer aposta em um novo paradigma de atitude do pensamento, pois considera que é pela tradição que somos não apenas o que somos, mas o que poderemos vir a ser, pois essa corresponde à mais originária verdade, despojada de uma roupagem "compreensível que possa ser válida para nós mesmos",[35] até por que, desde sempre, o homem está inserido numa tradição.

Na obra *Verdade e Método*, Gadamer expõe que a tradição se propaga e se transmite através de horizontes diferentes, todavia jamais fechados, pois

> Assim como cada um jamais é um indivíduo solitário, pois está sempre se compreendendo com os outros também o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração. A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possui um horizonte verdadeiramente fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho.[36]

Dessa forma, o autor sustenta que, para compreender uma tradição, faz-se necessário um horizonte histórico, sem, contudo, voltar a uma situação histórica, pois, para haver o deslocamento a uma situação, sempre se necessita possuir um horizonte. Tal deslocamento não corresponde a uma simples abstração de si, mas um transportar de si a essa outra situação, como refere Gadamer: "se nos deslocarmos, por exemplo, à situação de um outro homem, então vamos compreendê-lo".[37] Convém destacar, contudo, que:

> Esse ato de deslocar-se não se dá por empatia de uma individualidade com a outra, nem pela submissão do outro aos nossos próprios padrões. Antes,

---

33 DUQUE-ESTRADA, *op. cit.*, p. 372-373.

34 "[...] que pode ser entendida, de um modo amplo, como a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que nos encontramos permanentemente expostos pela linguagem". *Idem*, 2006, p. 373.

35 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 401.

36 *Idem*, 2005, p. 402.

37 *Idem*, 2005, p. 403.

> significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro.[38]

Assim, o conceito de horizonte irá expressar um panorama maior e superior, se comparado à visão de quem compreende, assegurando que, ao ganhar um horizonte, estaremos aprendendo a enxergar além daquilo que está próximo, não o esquecendo, mas também para analisá-lo melhor, a partir de um sentido mais amplo e com critérios adequados e mais justos. Para atingir tal desiderato, ou seja, para que se alcance um horizonte histórico e se consiga alcançar a tradição originária,[39] deve haver, inegavelmente, um esforço pessoal maior, o que implica não se deixar envolver por uma pré-assimilação do passado, precipitadamente, através das próprias expectativas de sentido.[40]

Uma situação hermenêutica, conforme Gadamer, se caracteriza por preconceitos que possuímos das coisas, os quais criam o horizonte presente, porque representam "aquilo que já não conseguimos ver"[41] e aquilo de que devemos nos afastar, pois "o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado se destaca desse presente como de um fundamento sólido",[42] até porque o horizonte do presente está em constante formação (mutação).

Tal consideração leva a crer que inexistem horizontes históricos e presentes, como objetos de conquista, afinal "compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos",[43] que acaba por acontecer com a vigência da tradição. Assim, como afirma Gadamer:

> Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte.[44]

---

38 *Idem*, 2005, p. 403.
39 Em sentido próprio e diverso, sem ruídos ocasionados por pré-conceitos.
40 *Ibidem*, p. 403-404.
41 *Ibidem*, p. 404.
42 *Ibidem*, p. 404.
43 *Ibidem*, p. 404.
44 *Ibidem*, p. 405.

Contudo, a consciência histórica representa, na verdade, "uma espécie de superposição sobre a tradição, que continua atuante",[45] consistindo, assim, em uma fase ou um momento em que se realiza a compreensão, local em que ocorre a fusão de horizontes (suspendendo-os) e que guarda a problemática da aplicação.

Ao tratar do problema hermenêutico da aplicação,[46] Gadamer ressalta o caráter sistêmico dado pela velha tradição hermenêutica, perdida na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, a qual considerava o problema hermenêutico pela seguinte divisão: (aptidão de)[47] compreensão; (aptidão de) interpretação e (aptidão de) aplicação. Através da conjugação desses momentos se realizaria a compreensão.

O modelo sistematizado, que separa em uma trilogia de momentos a compreensão, esquece que "compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão".[48] Isso significa um verdadeiro problema hermenêutico para a hermenêutica romântica, já que não englobaria o momento de aplicação. Tal consideração é falsa no entender de Gadamer, pois, para ele, "na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação de texto a ser compreendido à situação atual do intérprete",[49] o que revela que a compreensão deve ser concebida como um processo unitário, que envolve em si e não separadamente momentos de compreensão/interpretação e aplicação, porque esta representa um momento tão essencial quanto os indissociáveis momentos de compreensão e interpretação.

Essa cisão das funções cognitiva e normativa revela-se na hermenêutica jurídica, a qual considera "o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto"[50] como processo unitário, pois

> o sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validez na compreensão de um texto. É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de com-

45 *Ibidem*, p. 405.

46 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 406-411.

47 No sentido de afastarem-se de ser entendidos como um método.

48 *Idem*, 2005, p. 406.

49 *Idem*, 2005, p. 406.

50 *Idem*, 2005, p. 409.

> preender textos na pressuposição da "congenialidade" que uniria o criador e o intérprete de uma obra. [...] O milagre da compreensão consiste, antes, no fato de que para reconhecer o que é verdadeiramente significativo e o sentido originário de uma tradição não precisamos da congenialidade. Ao contrário, nós somos capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala.[51]

A proposta de Gadamer, fundada na *tradição* e expressa especialmente na obra *Verdade e Método*, é pensada em três etapas, expostas nas três seções do livro, iniciando-se pelo que denominou a verdade da obra de arte, a qual pressupõe que esta última não poderia ser influenciada e reduzida por nenhum fator que lhe seja externo. Isso porque sua essência, tida como verdade da arte, lhe é particular, uma vez que é dada nela mesma e situa-se no âmbito do acontecimento, pois a verdade de uma obra de arte acontece, sem esquecer daqueles que a recebem, preservam e transmitem entre gerações, constituindo-se essas características aquilo que Gadamer chama de *efeitos da obra*.

Nesse sentido,

> a experiência da arte representa o grande impulso que teria levado Gadamer a detectar e valorizar a base ontológica do pensamento. Base esta que não se assemelha, de modo algum, à lógica da reflexão, mas que, a esta subjacente, a provoca. O pensamento hermenêutico vê-se marcado, assim, pela experiência dessa "presença misteriosa que a obra da arte possui". Esta é uma de suas raízes mais fortes.[52]

Essa efetividade descrita no estado da arte pode ser pensada, e isso se dá através do propósito da história, estudado na segunda seção de *Verdade e Método.* Dessa forma, propõe o filósofo alemão que a afetação que se dá ao se encontrar com uma obra de arte pode ser pensada e estudada de um modo amplo com a história em si, passando-se, então, de uma efetividade de verdade da obra de arte para uma efetividade da história a que pertencemos, pois tal reconhecimento de pertencimento antecipa e constitui a tomada de consciência, denominada por Gadamer de consciência histórica.

---

51 *Ibidem*, p. 410-411.

52 FLICKINGER, Hans-Georg. Homem e Linguagem. In: ALMEIDA, C. L. S; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica:** nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 31.

Nessa fase, o filósofo chama a atenção para a importância da distinção dos pré-juízos falsos – os quais produziriam mal-entendidos – dos verdadeiros – que exigem uma consciência formada hermeneuticamente e que, portanto, deve incluir uma consciência histórica, a qual propicia tornar conscientes os próprios pré-juízos.

Ao final da obra, em sua última seção, ele trata sobre o *medium* – lugar – da linguagem, que compreende uma função de antecipar e, ainda, de organizar o modo de pensar e se relacionar com o mundo e com os outros, bem como com as coisas que nos rodeiam, entendendo que "compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências"[53].

Ao apresentar o estudo de Humboldt, a quem considera o criador moderno da filosofia da linguagem, Gadamer refere que:

> Em todo lugar onde há linguagem está em ação a força originária de linguagem do espírito humano, e cada língua está em condições de alcançar o objetivo geral que se procura com essa força natural do homem. Isso não exclui, e até legitima, o fato de que a comparação das línguas procura um padrão de perfeição pelo qual elas se diferenciam. Isso porque "o impulso que busca dar existência real à idéia da perfeição da linguagem" é comum a todas as línguas e a tarefa do pesquisador de linguagem se orienta precisamente em investigar até que ponto e com que meios as diversas línguas se aproximam do ideal.[54]

Dessa forma, Gadamer entende que seria pela mediação da linguagem que se constituiria o nosso próprio modo de ser, pois é pelo fato de podermos nos comunicar que existe, entre os seres humanos, e só com eles, um pensar partilhado, ou seja, existem conceitos comuns, decorrentes da linguagem que constitui o verdadeiro centro do ser humano, pois o homem é, na visão aristotélica, um ser dotado de linguagem[55]. Todo o ser que pode ser compreendido é linguagem na teoria gadameriana[56].

---

53 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 497.

54 *Idem*, 2005, p. 567.

55 GADAMER, Hans-Georg. Homem e Linguagem. In: ALMEIDA, C. L. S; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica:** nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 127.

56 Cf. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 71-88.

A partir de Gadamer, reconhece-se que a hermenêutica é uma tarefa que se realiza com sua pré-compreensão, através da qual o homem se aproxima de um texto para interpretá-lo. A hermenêutica é uma tarefa que se realiza com sua pré-compreensão, pois "quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo", até porque "elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas 'nas coisas', tal é a tarefa constante da compreensão".[57] Aliás, como vimos, essa pré-compreensão pode ser entendida como o conjunto de preconceitos e expectativas, e representa em Gadamer a primeira de todas as condições hermenêuticas[58].

No estado da arte, o filósofo deixa claro que ninguém aborda um texto, uma obra de arte, sem fazer uso de suas pré-compreensões, situações evidenciadas ao se aproximar de um texto, ao fazer uma primeira leitura, em que o intérprete de imediato tem uma impressão a respeito do que leu, da pintura que observou, da música que escutou, o que pode ser considerado um projeto interpretativo.

Assim, cabe a Hans-Georg Gadamer a reabilitação dos preconceitos. Essa é uma importante contribuição para a hermenêutica, que se ergue após a negativa conotação que as pré-compreensões receberam do Iluminismo como herança. Todavia, Gadamer não se deixa levar pela fé romântica na autoridade, também esta fonte de pré-compreensões, condenando-a de igual modo. Aqui, toda referência aos termos *preconceitos*, *prejuízos* e *pré-compreensões* refere-se aos pressupostos que determinam o ponto de partida de toda compreensão.

A teoria hermenêutica apresentada e desenvolvida por Gadamer não se limita a revelar o fenômeno interpretação ou apenas a descrever a ação de pressuposição do intérprete, mas procura adequá-lo ao bem entender, a ter uma compreensão adequada de um texto, e às pré-compreensões. Nesse sentido, surgem como elementos fundantes da compreensão. Portanto, em Gadamer resta estampada a pré-compreensão que o intérprete assume.

---

57 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 356.

58 Pois o autor salienta que "compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa". *Ibidem*, p. 390.

Da mesma forma como ocorreu com Gadamer, em outro aspecto, Ronald Dworkin é criticado por apresentar um modelo de juiz herculeano. Todavia, a proposta de Dworkin, ao destacar as funções dos princípios, merece, nesse sentido, uma atenção especial.

2.3 A proposta de Ronald Dworkin

Dworkin, apesar de suceder Herbert Hart na disciplina de Teoria do Direito em Oxford, revela-se um de seus mais severos críticos, bem como de seu positivismo jurídico de tradição anglo-americana, estendendo suas críticas também ao modelo positivista de tradição romano-germânica[59]. Entre as principais teses defendidas por Dworkin estão a tese dos direitos e a tese da resposta correta. Decorre disso, pois, a importância fundamental da teoria desse autor na discussão contemporânea na abordagem de grande parte dos problemas que têm sido objeto de análise por vários dos teóricos da atualidade.

Foi na discordância e no célebre debate com Hart que Dworkin elaborou o seu conceito de direito, iniciando por atacar o sistema de regras defendido por aquele, sistema este que confere uma preponderante importância ao direito regrado ou positivado sobre a essencialidade da compreensão principiológica do Direito.

Herbert Hart é um neopositivista para o qual ou as regras se aplicam ao caso ou não se aplicam, consistindo, portanto, em uma visão dualista criticada, principalmente, diante dos chamados "*hard cases*" de Ronald Dworkin. Dworkin, então, sustenta sua teoria na observância e defesa da preponderância dos princípios sobre as regras positivadas, considerando que foi "através da eliminação daquelas questões relacionadas com os princípios morais que formam o seu núcleo" que se acabou por distorcer os problemas da teoria do direito, dando-se ênfase aos fatos e às estratégias.[60]

Aliás, pondera que:

> Esse fracasso torna-se evidente quando examinamos detalhadamente o problema central que os sociólogos e os instrumentalistas discutiram: os juízes

---

[59] CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 259.

[60] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 08.

> sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente?
> Os juristas estão discutindo esse tema há décadas, não porque ignoram o tipo de decisões que os juízes tomam ou as razões em que sustentam, mas porque não vêem com clareza o que realmente significa o conceito de seguir regras. Nos casos fáceis (por exemplo, quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de noventa por hora), parece certo dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso. Mas podemos dizer isso quando a Suprema Corte derruba um precedente e ordena que as escolas sejam dessegregadas ou declara ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando há décadas? Nesses casos Dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?[61]

Dworkin sustenta ser equivocado o pensamento de Hart principalmente quando este considera que o direito é um sistema de regras que apresenta como critério de validade social um teste que não teria nada a ver com seu conteúdo, mas com seu *pedigree*, ou seja, a norma tem reconhecimento de validez social de acordo com a regra de conhecimento, da qual, segundo Hart, todas as outras derivam[62].

Também é criticada por Dworkin a teoria de Hart pelo fato de este último considerar que tal conjunto de regras é exaustivo, a tal ponto que, se um caso não estiver amparado pelo conjunto, então ele não pode ser decidido com base na aplicação do direito, acabando por sustentar um poder discricionário para os juízes, com base no seu próprio discernimento e, então, criar uma nova regra jurídica ou complementar uma pré-existente.[63]

---

61 *Idem*, 2002, p. 08.

62 Dworkin, ao analisar os preceitos do positivismo, considera que "esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

63 Dworkin afirma que Hart "reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos", contudo "explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos". DWORKIN, *op. cit.*, p. 35.

Da mesma forma, Dworkin apresenta crítica a Hart porque esse segundo autor considera que alguém teria uma obrigação jurídica quando seu caso se enquadrasse em uma regra jurídica válida, que comandaria o seu agir de tal forma a exigir que ele fizesse uma ação ou dela se abstivesse, sendo que, na ausência de tal regra, não existiria uma obrigação, remetendo-se o caso, portanto, ao agir discricionário do juiz.[64]

Dworkin sustenta que os juízes não decidem somente com base nas regras, haja vista o direito não compreender um sistema composto exclusivamente por regras, mas por regras e princípios, fundamentando esse pensamento com exemplos de casos, como o de *Riggs contra Palmer* de 1889, ocasião em que um tribunal nova-iorquino teve que decidir se um neto, nomeado herdeiro no testamento de seu avô, poderia herdar o que lhe foi conferido naquele instrumento, apesar de ter assassinado o seu avô com esse objetivo, já que ali as regras aplicáveis ao caso outorgavam o direito de herança ao assassino. Dworkin chama a atenção para o fato de o tribunal ter decidido contra o herdeiro, com base em um princípio, o de que "a ninguém é permitido beneficiar-se da própria torpeza", e, com isso, ter afastado as regras aplicáveis.[65]

Com base em argumentos como esses, Dworkin sustenta que os juízes, ao decidirem, lançam mão de outros aspectos, além de regras pré-estabelecidas, que delas se diferenciam, até porque, para ele, o conceito de direito, como dito, é composto por regras e princípios[66], e não somente

---

64 *Ibidem*, p. 08.

65 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

66 Alexy ressalta que "o conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como 'políticas'. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de 'princípio em sentido genérico' – e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios – indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio. O mesmo vale para outras possíveis diferenciações". ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116.

por aquelas primeiras, que seriam válidas ou não, que se verificam em acordo ou desacordo com a norma de reconhecimento, considerada pelo filósofo do direito como teste de *pedigree*.

Dworkin pretende, desse modo, realizar uma guinada interpretativa, partindo da compreensão do direito como um conceito interpretativo da prática jurídica, no qual sempre haverá uma resposta certa, considerando-a como a melhor possível para os conflitos que demandam uma atividade jurisdicional, sendo que as decisões judiciais devem ser baseadas nos princípios, pois os direitos individuais precedem aos coletivos.[67]

Tal guinada compreende inadmitir que os juízes possuam poder discricionário para decidir, como pressupõe Hart, pois Dworkin considera que os magistrados não são dotados de discricionariedade alguma, porquanto, mesmo nos chamados "casos difíceis", eles estariam vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta, considerando-os como princípios jurídicos, os quais fundamentarão e justificarão a decisão.[68]

O direito, para Dworkin, deve ser compreendido a partir de uma atitude interpretativa (crítica-hermenêutica) que vá além de sua descrição normativista, pois uma ação só será justificada em Direito se ela for moralmente justificada, ou seja, se houver a aplicação do princípio da igualdade (em sentido de respeito e consideração), pois Dworkin concebe o direito como integridade.[69] Nenhuma reivindicação de direito será fundamentada se não passar por um teste de contraexemplo hipotético, em que se imaginem circunstâncias em que a teoria a ser adotada produziria resultados inaceitáveis.[70]

Nesse sentido, ao tratar dessa coerência especulativa, Dworkin afirma que essa técnica de exame de uma reivindicação de direito "é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores"[71], e, portanto, a classe dos juízes, ao decidir, não

---

67 CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 260.

68 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-63.

69 CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 260.

70 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26-27.

71 *Ibidem*, p. 27.

estaria agindo contra o argumento da democracia[72] ao tomar uma decisão política, até porque aos magistrados, apesar de imunes ao controle popular (não são eleitos), ao indagarem "o que os legisladores devem ter pretendido realizar, ele quer perguntar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram".[73]

A tese de Dworkin coloca em evidência um sistema de princípios,[74] contrapondo-se a Hart e demais (neo)positivistas, que pretendem eleger o direito como um sistema de regras. Para aquele, os princípios estão acima da prática, e, para estes, os aplicadores do direito e jurisdicionados estão atrelados. Dworkin defende que, ao se deparar com um *caso difícil*, o juiz deve apresentar uma decisão fundada em padrões prévios de conduta, denominados pelo autor como princípios jurídicos. Somente com a observância desses princípios, quando do julgamento, estaria o magistrado proferindo uma resposta correta ao caso que lhe cabe julgar.

Mas o que representa um princípio para esse autor? O próprio Dworkin esclarece: "Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".[75]

Ao tratar de princípios, o filósofo os distingue das regras (apesar de estas admitirem exceções), e tal distinção consiste-se em uma questão de natureza lógica, como se constata neste trecho:

> Os dois conjuntos de padrões comuns apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à

---

72 Tal argumento se refere a que as decisões de cunho político "devem ser tomadas por funcionários eleitos pela comunidade como um todo, que possam ser substituídos periodicamente da mesma maneira". DWORKIN, *op. cit.*, p. 17.

73 DWORKIN, *op. cit.*, p. 24.

74 Questão posta em discussão na contemporaneidade, pois "a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições Contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 283.

75 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

> maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...]. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as decisões são dadas.[76]

Dworkin ressalta que pode haver colisão de princípios, situação em que um princípio é relegado em favor de outro(s), "mas isso não significa que não se trate de um princípio do nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo",[77] até porque os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, qual seja, a *dimensão do peso ou importância.* Assim, "quando os princípios se intercruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um".[78]

Verificamos então, através dos princípios de Dworkin, que o autor os considera uma maneira de se contrapor ao neopositivismo e à discricionariedade defendida por esse modelo, pois, se, como o próprio jusfilósofo afirma, "a lei freqüentemente se torna aquilo que o juiz afirma",[79] este último deve assumir a responsabilidade de outorgar uma resposta correta ao litígio, uma vez que "o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito".[80]

O autor[81] sustenta, ainda, que o bom juiz prefere a justiça à lei, porque não fica preso por uma ideologia dominante, mas aplica os princípios e os valores constitucionais, propiciando efetividade na sua prestação jurisdicional, garantindo aos cidadãos suas prerrogativas constitucionais,[82]

---

76 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

77 *Idem*, 2002, p. 41-42.

78 *Idem*, 2002, p. 42.

79 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 04.

80 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 146.

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

82 Acompanhando Dworkin, Guerra Filho sustenta que "conduzir uma argumentação utilizando princípios necessariamente resulta na tentativa de estabelecer algum direi-

especialmente no que tange ao acesso à justiça e ao tratamento igualitário. De outro lado, o mau juiz é o juiz rígido e "mecânico", que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem. Desse modo, o pensador tenta demonstrar que os juízes, ao decidirem, utilizam (ou deveriam utilizar) padrões outros que não são regras.

Nesses termos, o papel do juiz na aplicação do direito deve respeitar o princípio da integridade, segundo o qual identificará direitos e deveres dos cidadãos, no que for possível, a partir do pressuposto de que aqueles foram criados por um único autor (a comunidade). Analisando o direito como integridade, decisões jurídicas seriam verdadeiras se advindas de princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal, sob pena de carência de integridade.

Dworkin ressalta, sobre esse aspecto, que

> o Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte de seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos.[83]

Assim, o juiz, para Dworkin, é um solitário que deve se guiar pelo ideal de um juiz especial, de forças sobre-humanas, extremamente sagaz, paciente e de saber diferenciado, que "aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional [...] aplica-se ao caso em juízo".[84] Dworkin chamou esse modelo de Hércules e considera que esse juiz deve questionar qual foi o sistema de princípios estabelecido, além de ser "capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a Constituição como

---

to fundamental, envolvido na questão". Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 279.

83 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 223.

84 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

um todo",[85] elaborando, dessa forma, uma teoria constitucional em suas decisões.

Como objeção à sua teoria de que Hércules não deve lançar mão de opiniões pessoais para interpretar um caso, pois esse modelo de juiz tem sempre que considerar as opiniões e intenções do legislador, Dworkin cria outra figura de juiz, qual seja:

> Hermes, que é quase tão arguto quanto Hércules e igualmente tão paciente, e também aceita o direito como integridade assim como aceita a teoria da intenção do locutor na legislação. Acredita que a legislação é comunicação, que deve aplicar as leis descobrindo a vontade comunicativa dos legisladores, aquilo que eles estavam tentando dizer [...]. Já que Hermes é autoconsciente em tudo que faz, irá dar-se tempo para refletir sobre cada uma das escolhas que terá de fazer para colocar em prática a teoria da intenção do locutor.[86]

Dworkin, portanto, apresenta modelos de juízes para dar respostas tanto aos casos jurídicos fáceis (*easy cases*) quanto aos difíceis (*hard cases*). Dicotomia, aliás, atacada pelo que se vem tratando como a Nova Crítica do Direito (NCD), pois, para este novo paradigma, não há como cindir *easy cases* e *hard cases*, porquanto isso representaria cindir o incindível que representa o compreender, até porque indaga-se: como poderemos compreender o que representa caso fácil e o que representa caso difícil?[87]

A nova tendência ressalta, ainda, a importância dos críticos do discurso jurídico positivista dominante. Todavia, avança, por considerar equivocada a cisão proposta por Dworkin, bem como enaltece a postura habermasiana de substituir o que podem ser considerados defeitos na filosofia até então posta, a saber: o fundamentalismo kantiano e o holismo hegeliano, superando, assim, a consciência *solipsista*, através da comunicação, pois "Habermas pretende superar a razão prática no sentido *solipsista*, representacional ou consciencialista, através de uma razão comunicativa".[88]

---

85 *Idem*, 2002, p. 166.

86 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 382.

87 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247-253.

88 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

Entretanto, considera que tal desiderato (superação da razão prática) não se atinge dessa forma, uma vez que, mesmo com a comunicação, estaríamos vinculados à praticidade, embora de outro modo[89], o que demonstra que Habermas teria compreendido de forma equivocada o mundo vivido.

Da mesma forma, a Nova Crítica do Direito revela que a hermenêutica supera a metafísica, na medida em que a dualidade metodológica de explicar e compreender será sempre precedida de uma compreensão que se revela pelo viés da condição de possibilidade, a partir da antecipação de sentido,[90] visto que "o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, mas somente na situação histórica concreta na qual ele se encontra",[91] a qual irá constituir seu pré-juízo. Por isso, a importância de não simplesmente efetuar as antecipações de (pré-)compreensão, mas também torná-las conscientes e fundamentá-las de modo a enfrentar os problemas concretos, sob pena de não existir interpretação constitucional[92]. Assim, a Nova Crítica do Direito passa a (re)construir uma nova teoria para o direito.

---

89 Pela "fundamentação prévia dos atos do mundo prático". *Idem*, 2007, p. 45.

90 "É exatamente a descoberta de uma pré-estrutura de compreensão que se revela, ao mesmo tempo, o ponto de partida de Gadamer e o ponto de chegada do Heidegger de 1927". SILVA FILHO, J. C. M. **Hermenêutica Filosófica e Direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 47.

91 Nesse sentido, consultar a obra de Hommerding, que segue as pegadas de Gadamer, Stein e Streck. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66.

92 *Idem*, 2007, p. 66.

Capítulo 3
A Nova Crítica do Direito e as Respostas Corretas

Konrad Hesse considera que o caráter positivo da Constituição se revela numa perspectiva mais ampla, que compreende a realidade social, distante, e não se confunde com o pensamento positivista, visto que, numa relação de interdependência, contempla "as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais", para fins de concretizar a eficácia da norma jurídica.[1] É o que destaca Adalberto Narciso Hommerding:

> Buscando apoio em Gadamer, Hesse afirma que a interpretação constitucional é "concretização". A interpretação jurídica assim tem um "caráter criador": o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, mas a atividade interpretativa permanece vinculada à norma. A concretização pressupõe "entendimento" do conteúdo da norma a ser concretizada.[2]

Hesse influenciou a Nova Crítica do Direito, capitaneada por Lenio Streck, que busca sua matriz teórica na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, para promover uma revolução qualitativa na compreensão/interpretação do Direito, até porque, em nosso sistema jurídico, temos grande número de

---

1 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 15.

2 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66-67.

normas jurídicas originadas anteriormente à Constituição de 1988, desconectadas, portanto, dos aspectos sociais da contemporaneidade.[3]

Tal crítica aponta que se faz necessária a implementação de um novo modelo de interpretação, aberta às novas situações decorrentes da sociedade multicultural, que estabeleça critérios para a superação do *déficit* do Direito, já que é de extrema relevância que se projete uma nova matriz teórica que possa nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então enfrentando grandes dificuldades para a compreensão e a transformação da sociedade e do Direito.

Lenio Luiz Streck propõe, desse modo, que se enfrente a crise que o Direito atravessa, rompendo com a certeza de si do pensamento pensante, ressaltando que a Constituição de 88 acaba por tornar públicos os espaços antes destinados aos interesses privados. Tal publicização, no seu entender, é, ou deveria ser, ocupada pelos princípios. Dessa forma, se a Lei Maior modifica a teoria das fontes que amparavam o positivismo, acaba por criar, por via de consequência, uma nova teoria da norma, o que leva à necessidade de um novo paradigma interpretativo.[4]

Para a nova crítica, o jurista, então, deve dar continuidade ao debate para a construção de novas posturas interpretativas que acabem com – ou ao menos diminuam – o *déficit* da realidade, superando a "resistência positivista". Para tanto, como afirma Hesse, "uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social".[5] Para fins de verificação desse condicionamento, urge uma análise dos princípios existentes na Carta, como ressalta Leal:

> [...] esses princípios representam, dentro do sistema, não só uma tarefa a realizar, mas são também um dado, um ponto de referência para a sua operacionalização, principalmente por estarem positivados, isto é, por estarem nele inseridos, de modo que sua incorporação já não pode mais ser contestada. Esta incorporação, pela Constituição, dos valores jurídicos acolhidos pela comunidade política desempenha, por sua vez, uma dupla função, pois ao

---

3 *Idem*, 2007, p. 67.

4 Cf. STRECK, Lenio Luis. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 327-398.

5 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 13.

> mesmo tempo que permite uma fundamentação axiológica sobre a qual se apóia todo o ordenamento jurídico, impõe a necessidade de se lhes atribuir – uma vez que normatizados – plena eficácia.
> Diante do exposto, é razoável afirmar que os princípios conformam um plexo axiológico que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, constitui a característica marcante do ordenamento constitucional, conformando a Constituição material que não permite que sejam tratados como meras normas programáticas, de caráter eminentemente político e desprovidas de qualquer normatividade, como nos períodos jusnaturalista e positivista.[6]

Essa nova postura ressalta que houve, no século XX, a partir do Segundo Pós-Guerra, uma ampliação dos textos constitucionais, notada nos textos da Itália (1948), Alemanha (1949), Espanha (1972), Portugal (1976) e Brasil (1988). Essa diferenciação acabou por acarretar um aumento nos níveis das demandas sociais no direito, afetando sua relação com a política, visto que questões antes resolvidas no cenário das decisões políticas passam a ser passíveis de intervenção judicial, através de mecanismos de controle de constitucionalidade, por exemplo.[7]

O texto constitucional, por sua vez, constitui-se em uma ficção no sistema, um fundamento carente de fundamento, pois só se constrói com a aplicação, através do modo-de-ser do jurista, uma vez que ela representa "um ente no seu ser e está com o jurista dentro da sua faticidade", até porque não se constitui em "um ser que está flutuando sobre as coisas".[8] Assim, a Constituição somente ganha vida quando o empenho em sua realização guarda estreita relação com o sentido essencial dos seus princípios, pois se reveste em produto permanente do processo político e se desenvolve através das vivências e atos concretos de sentido.[9]

Por isso é que Adalberto Narciso Hommerding, citando Jorge Miranda, destaca a essência de uma Constituição comprometida com direitos e garantias fundamentais:

> As constituições compromissórias somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, ou garantir direitos individuais e institucionais, sem

---

6 LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Barueri: Manole, 2003, p. 142.

7 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

8 *Ibidem*. *passim*.

9 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73-77.

> fraturas, e modelar o futuro comunitário, sem rupturas, se satisfazem três requisitos primordiais: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais do homem, do cidadão, do trabalhador, e dos grupos em que se inserem, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e de regulamentação; b) abertura, nos limites da sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações da vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais.[10]

Em que pese a importância dada às Constituições após o Segundo Pós-Guerra, nota-se, em especial no Brasil, um descaso de juristas que não entenderam a ocorrência de um *plus* normativo apresentado após 1988; descaso, aliás, que permanece nos bancos das faculdades de direito, onde, via de regra, vigora o senso comum teórico, ocultando as possibilidades "das manifestações de um direito de índole transformadora, condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito",[11] "representado pela Constituição de 1988 e sua substancialidade principiológica".[12]

Dessa forma, evidenciando-se a carga principiológica do texto constitucional brasileiro, a Nova Crítica do Direito salienta a diferença entre regras e princípios, considerando estes como meios de introdução do mundo prático no direito. Assim, inexistem aquelas primeiras sem os últimos, e estes sem aquelas, pois toda decisão deve ser justificada pelos princípios.

A Nova Crítica do Direito propõe a desconstrução da metafísica que vigora no pensamento dogmático, ou seja, propõe o rompimento com o senso comum teórico.[13] Na modernidade, a metafísica recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), encobrindo a diferença entre *ser* e *ente*,[14] o que representa, no campo jurídico, uma interferência

---

10 HOMMERDING, *op. cit.*, p. 76, acompanhando o pensamento de Lenio Luiz Streck.

11 *Idem*, 2007, p. 77.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 297.

13 "O sentido comum teórico é uma manifestação inautêntica do ser do Direito, uma vez que provoca o ocultamento/velamento das possibilidades das manifestações de um direito de índole transformadora, condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito". HOMMERDING, *op. cit.*, p. 156.

14 Para Heidegger, o *ser* é o conceito evidente por si mesmo, é um conceito mais universal e mais vazio, pois indefinível, e não pode ser concebido como *ente*, pois não

ao ponto de corromper a atividade interpretativa através da extração da mais-valia do ser ou do sentido do direito, resultando na preponderância do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização. Por isso, diz Streck, vivenciamos uma cultura jurídica *standardizada*, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.[15]

Desse modo, o novo pensamento, baseado em uma matriz teórica originária da ontologia fundamental, pretende, através de uma análise fenomenológica no sentido heideggeriano, a descoberta daquilo que cotidianamente ocultamos, buscando o exercício da transcendência, de modo a percebermos que somos (*Dasein*) ao contrário de apenas sermos, retomando a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém, portanto, de uma prática dedutivista e rompendo com esse paradigma que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem – ou ao menos devia ter – de transformador.

Segundo Lenio Streck, em *terra brasilis* está havendo um aprisionamento da dogmática jurídica à relação sujeito-objeto, sem a correta compreensão do direito. Toda a completude do significado do direito, segundo Streck, não passa de um modo de ser do *ser-aí* humano.[16]

É o *ser-aí* humano, considerado em sua historicidade, que impede qualquer tipo de separação entre sujeito e objeto, pois a relação entre aquele que conhece e o que é conhecido está atravessada pelo sentido.[17]

Dessa forma, a Nova Crítica do Direito busca a resposta que a hermenêutica – não entendida, nesse estágio, como uma técnica de interpretação, mas como uma condição de modo-de-ser-no-mundo – tem para dizer ao direito, no sentido de desvelar o *ser* dos *entes* consubstanciados

---

pode ser determinado com acréscimo desse, vez que "o *ente* pode vir a ser determinado em seu *ser* sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do *ser*", afinal "uma compreensão do ser já está sempre incluída em tudo que se apreende no *ente*, pois esse se articula conceitualmente segundo gênero e espécie", até porque, "em todo conhecimento, e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do 'ser' e, nesse uso, compreende-se a palavra 'sem mais'. Todo mundo compreende: 'o céu é azul', 'eu sou feliz' etc.". HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 27-37.

15 Cf. STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

16 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

17 *Idem*, 2007, *passim*.

em nossas legislações, com a finalidade de realizar os direitos e garantias fundamentais.[18]

Esse novo olhar é fundamental na busca da realidade, ao contrário da objetivação do direito até então dominante, a qual pretende fazer crer que o Direito somente sobrevive objetivando as coisas, criando um mundo de esquecimento, no qual o jurista passa a esquecer do mundo, da faticidade, determinando seu agir tão somente por conceitos estabelecidos pelo chamado senso comum teórico dos juristas, que passam a acreditar numa possível neutralidade dos seus institutos e dos que neles operam. Tal comportamento representa o véu do ser do Direito, na visão de Streck,[19] pois não há nesse comportamento "uma tomada de consciência da história e de seus efeitos, isto é, um comportamento reflexivo acerca da realidade, o que faz com que não se consiga, agora, no paradigma do Estado Democrático de Direito, uma compreensão autêntica do papel da Constituição".[20] Nesse sentido, o novo estudo afronta a dogmática, a qual

> representa uma "atitude ideológica", constituindo-se como convergência de um amplo conjunto de processos parciais e consequentes, dos quais os mais importantes são: a) a consolidação de um conceito moderno de ciência, basicamente voltado não tanto ao problema da verdade ou da falsidade das conclusões do raciocínio científico, porém ao seu caráter sistemático e à sua coerência lógico-formal; b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direito e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; c) a separação entre teoria e *praxis*, e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avalorativa e descritiva; d) a superação das antigas doutrinas de Direito natural; e) a ênfase à segurança jurídica como certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma.[21]

A tomada de consciência pelos juristas afasta a possibilidade de estes virem a estabelecer limites e conceitos, acabando por esconder ou velar

---

18 Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

19 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

20 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 127.

21 HOMMERDING, *op. cit.*, p. 126-127, seguindo entendimento de José Eduardo Faria.

o próprio direito em uma simplificação que termina por ocasionar uma consequência nefasta, qual seja: a perda da realidade. Ora, quanto maior a complexidade, mais se ganha em realidade, e a complexidade dessa teoria reside na tensão existente entre o texto e seu sentido. Consequentemente, a hermenêutica jurídica "não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do Direito, que sirva tão-somente para colocar 'capas de sentido' aos textos jurídicos".[22]

Assim, com essa nova concepção, surge uma linguagem antimetafísica no direito, sustentada pela diferença ontológica e pelo círculo hermenêutico, em que a hermenêutica não será mais considerada como método, mas, sim, como filosofia, pois se reveste de aplicação. Ou seja, é o modo-de-ser-no-mundo, portanto, faticidade e historicidade, através das quais a linguagem não representa uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, mas, sim, condição de possibilidade, que invade a filosofia, invasão esta denominada de *linguistic turn.*[23]

A Nova Crítica do Direito, a qual pode ser considerada uma verdadeira crítica à teoria do direito, se levarmos em consideração os ensinamentos de Warat[24] (o qual sustenta que a chamada teoria crítica do direito não passou de um conjunto de "abalos e complicadores" em desfavor das teorias jurídicas dominantes à época), apresenta coerência, precisão e regras de derivação lógica. Alerta, ainda, para a fragilidade da teoria habermasiana e da visão procedimentalista, bem como ressalta a distinção entre respostas conteudísticas e respostas procedurais, afastando a discricionariedade judicial no sentido de abrir a possibilidade e atingir necessariamente as respostas corretas em direito.

3.1 A fragilidade da teoria habermasiana e a visão procedimentalista

A teoria habermasiana pretende uma visão procedimentalista do direito. Essa concepção resta clara quando o próprio Habermas afirma: "eu

---

22 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 398.

23 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

24 Cf. WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 79-80.

parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massa dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito".[25] Aliás, o autor considera, ainda, que:

> a *teoria do direito,* ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extrai seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. Ao contrário da filosofia, a teoria do direito não pode desprezar os aspectos resultantes do nexo interno entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado.[26]

Da postura habermasiana, extrai-se que a Constituição seria, então, responsável por determinar os procedimentos políticos, pelos quais os cidadãos, em uma forma cooperada, podem, segundo o princípio da autodeterminação, perseguir o projeto de produzir as condições justas de vida, pois somente as condições processuais de origem democrática das leis assegurariam a legitimidade do Direito. O autor, então, defende os procedimentos de criação democrática do Direito, segundo os quais os cidadãos teriam respeitado o direito de participar de forma isonômica da "discursividade produtora dos sentidos jurídicos". Para tanto. seriam necessários espaços imparciais que permitissem a inclusão desses cidadãos, através do respeito ao diálogo e a consequente produção de consensos.[27]

Dessa forma, vê-se que o procedimentalismo habermasiano pressupõe a participação cidadã e a oportunidade do diálogo como fundamentos para a formação e justificação do Direito, o que significa um paradigma da compreensão procedimental, o qual se limita a proteger um processo de criação democrática do Direito, advindo de um conjunto de procedimentos democráticos que se encontram alheios ao Poder Judiciário.[28]

---

25 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 242.

26 HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.*, p. 243-244.

27 HOMMERDING, *Op. cit.*

28 Nas sociedades multiculturais, seria impossível, segundo Habermas, estabelecer um pacto em torno de valores éticos substantivos. Assim, ele defende a adoção de procedimentos que garantam a participação de todos os indivíduos na elaboração de uma cultura política comum, na qual os cidadãos respondam ativamente pela produção e interpretação de seu próprio direito. LAGES, Cintia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Esta-

Nesse cenário, o juiz revela-se como mero zelador dos procedimentos,[29] esquecendo-se de que, apesar de tais procedimentos revestirem-se de "um puro espaço lógico, uma troca de argumentos, [...] cada um já sempre vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão".[30]

Em Habermas, portanto, a ideia de procedimento quer eliminar a pré-compreensão, o pré-conceito, sem se dar conta de que, para o alcance dos procedimentos, necessitamos do nosso modo de compreender, que é um modo prático. Há na tese habermasiana conotação analítica, uma vez que nela não há *ser no mundo*; o discurso é formado em detrimento do mundo prático, pois desconsidera as situações concretas. Pretende, ainda, que a verdade seja puramente consensual, como se isso fosse possível – pelo contrário: "se é consenso, ela não é verdade". Além disso, essa tese almeja cindir o incindível: fato e direito; vigência e validade; texto e norma.[31]

Em suma, Habermas propõe

> um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos". Critica assim a denominada "jurisprudência de valores" adotada pelas cortes européias, especialmente a alemã.[32]

Nessa teoria, a resposta estará sempre dependente de uma obediência à forma da argumentação, já que, para Habermas, os participantes de uma situação são os autores da validade do discurso e, portanto, da validade do Direito, que se apoiará apenas em argumentos e contra-argumentos. Logo, essa validade ocorreria, segundo Habermas, citado por Streck, nas seguintes situações:

---

do Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, M. A. C. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 469-515.

29 *Idem*, 2004, p. 469-515.

30 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 81.

31 *Idem*, 2007, p. 82.

32 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 43-44.

> a) Quando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, *na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade* – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, *num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos,* se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser.
> b) A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, *no contexto de uma disputa não–coercitiva*, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações.
> c) É fácil descobrir por que o princípio do discurso promove esse tipo de prática para a fundamentação de normas e decisões valorativas. Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada na primeira pessoa do plural, a qual assume em si, *de modo não-coagido e não-reduzido,* as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes.
> d) Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação.[33]

O procedimentalismo[34] proposto por Habermas pressupõe, então, que problemas tais como os de exclusão social e inefetividade de direitos fundamentais estão resolvidos, pois revela para sua validade uma situação ideal-igualitária afastada, portanto, das sociedades como a brasileira,[35] em que sequer o Estado do Bem-Estar Social se realizou, sendo perfeitamente viável em sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia de indivíduos[36].

---

33 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93-94.

34 Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, "Habermas aposta no procedimentalismo para encontrar a chamada moralidade pós-convencional". CRUZ, Álvaro R. S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 144.

35 Hommerding, a partir de Streck, ressalta que, no caso do Brasil, a modernidade sequer começou, pois aquele pode ser considerado um país de modernidade tardia, em virtude de o *welfare state* em terra brasilis não ter ultrapassado um caráter provisório, simulado, sem efetivamente se efetivar, como, aliás, ocorreu com todos os países do Terceiro Mundo. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25-26.

36 *Idem*, 2007, p. 102.

Nesse sentido, surgem as necessárias e esclarecedoras críticas de Streck, que assim analisa a teoria habermasiana:

> a) Questionam-se suas possibilidades de alcançar o mundo prático sem a ficção de um discurso que, de fora para dentro, busca trazer/resgatar a legitimidade que ficou para trás, e que as diversas teorias do direito não conseguiram superar, ora reduzindo a legitimidade à legalidade, ora hipostasiando um sujeito, ora um objeto.
> b) Questiona-se se a teoria do discurso consegue ir além da construção de uma justificação para a ação, a partir de um discurso acerca da validade prévia para a realização de contrafações.
> c) Questiona-se se o discurso é apenas um tipo determinado de ação comunicativa, que se destina a discutir pretensões de validade que se torna(ra)m problemáticas.
> d) Finalmente, questiona-se se a construção de um discurso de justificação (validade) a partir de concepções idealizadas pode, contrafaticamente, dar conta da complexidade factual (mundo prático) e se, no fundo, a validade (contrafactual) não funciona, na verdade, como um discurso meramente apofântico.[37]

A tese proposta por Habermas outorga, assim, uma prevalência indevida às regras jurídicas, assemelhando-se ao positivismo, em detrimento de uma interpretação de cunho principiológico, chegando a afirmar que "o legislador interpreta e estrutura direitos, ao passo que a *justiça* só pode mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o 'direito e a lei', a fim de chegar a decisões coerentes num caso concreto".[38] Dessa forma, o sentido de justiça em Habermas fica vinculado à lei e ao direito, sentido este que, segundo o autor, "funciona no sentido de regras constitutivas, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, uma vez que também produzem instituições políticas, procedimentos e competências".[39] Portanto, ocorre um deslocamento da fundamentação,

---

37 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93-94.

38 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 183.

39 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 183.

que não mais passa a fundamentar cada norma concreta, mas, sim, as bases como um todo do sistema jurídico.

Enfim, verifica-se que a razão prática de Habermas ocorre meramente pelo encontro de vontades na produção de consenso. Por conseguinte, a teoria discursiva desse autor peca, segundo Streck, pelo esquecimento da diferença ontológica, implicando o afastamento da conteudística pela característica procedural.

3.2 Respostas conteudísticas x respostas procedurais

As teses acerca da resposta correta, segundo Streck, devem ser entendidas ou no contexto da perspectiva *conteudística*, ou, sob uma perspectiva *procedural*. No primeiro caso, levantada pela Nova Crítica do Direito, a resposta advém do mundo prático e da diferença ontológica. Na segunda perspectiva, sustentada especialmente por Habermas, somente se admite a possibilidade de se encontrar uma única resposta correta, ou seja, "nem única, nem uma entre várias possíveis" para um "caso" que será apontado "a partir de um processo subsuntivo/dedutivo.[40]

Do ponto de vista hermenêutico adotado pela Nova Crítica do Direito, deve-se destacar que se admite sempre uma resposta, ou "a" resposta para o caso, pois não ocorre, para essa tese, a incindibilidade entre texto e norma, fundamentação e aplicação, uma vez que, no paradigma pós-metafísico, que é compreendido pela hermenêutica filosófica, o caso "é produto de uma análise conteudística que se constrói no interior de uma intersubjetividade", em que a regra se explica a partir da faticidade, ou, melhor dizendo, do mundo prático, ao passo que, no positivismo, o caso emerge "de uma relação sujeito-objeto"[41].

Mas há que se ressaltar que, apesar da hermenêutica refutar a única resposta correta, também discorda de se apresentarem várias e/ou múltiplas respostas,[42] pois isso representaria um absolutismo, através do qual

---

40 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 372-373.

41 *Idem*, 2006, p. 373.

42 Sob pena de voltar-se ao positivismo clássico, o qual sustenta que, "se por 'interpretação jurídica' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação

estaríamos dando guarida a cada uma julgar-se de maneira absoluta, sendo que "em hermenêutica nada é absoluto", até porque ela proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição. Dessa forma, a escolha de uma resposta a partir de uma multiplicidade de respostas é uma escolha superficial, pois "o fato de se possibilitar várias respostas pelas contingências não significa que em todas elas se pode encontrar o elemento de compreensão que se encontra em uma unidade".[43]

Nesse contexto, convém destacar que o principal problema da tese das várias e/ou múltiplas respostas, o qual também pode ser o da melhor resposta, reside no ato interpretativo, que depende de uma pré-compreensão antecipada, não se constituindo esse ato em uma atribuição de sentido (ser) a um ente, que estaria carente dessa atribuição e que, portanto, estaria lhe esperando.

Identificado o principal complicador e ciente da necessidade constitucional de os juízes justificarem a sua decisão, e não simplesmente fundamentarem-na (até porque a decisão judicial acaba por afetar os direitos fundamentais e sociais, sem esquecermos que, a partir da instituição do Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão judicial, por si, reveste-se de um direito fundamental), a Nova Crítica do Direito ressalta que a justificação ocorre no plano da aplicação. Desse modo, "a *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido)"[44] e, por conseguinte, confere validade à resposta.

---

da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela é ***à*** norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral". KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 467.

43 *Idem*, 1999, p. 374-375.

44 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 377.

No paradigma procedural, a validade da resposta reside no consenso, na concordância, o que afasta o mundo prático (situações concretas), voltando-se para um mundo vivido,[45] eliminando, assim, a ideia de pré-compreensão, pois compreende a adequação do discurso previamente fundamentado com a situação concreta. Assim, nas respostas procedurais, "o manejo do direito na *aplicação* fica descompromissado do discurso de fundamentação, uma vez que este já estará dado, porque o juiz somente poderá aplicar uma norma que tenha passado pelo filtro da validade (que é contrafática)", porque essa teoria desconfia dos discursos de aplicação, ou seja, desconfia, pois, da jurisdição, preferindo, assim, os discursos de fundamentação.[46]

Em relação às respostas conteudísticas, nota-se nestas a preocupação com o mundo prático, o qual se revela pela observância dos princípios. São estes que o introduzem, impedindo escolhas arbitrárias de sentido e, com a diferença ontológica,[47] evitam a dualização entre faticidade e validade, uma vez que, ao elaborá-las (em cada caso), o juiz deve ter a consciência de que não está lidando com uma norma geral, pois tal paradigma refuta a generalização. Nesse contexto, a resposta conteudística mostra-se correta, pois é oriunda da *applicatio*, obtida de decisões coerentes na prática jurídica, porquanto revestida de integração com base no círculo hermenêutico.[48]

Importante salientar que o modelo das respostas *conteudísticas* é atacado por parte da doutrina. Nesse sentido, colaciona-se o exemplo de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

> Certa vez um aluno propôs a seguinte questão: se dois juízes seguirem estritamente as propostas procedimentais de Habermas e chegarem a conclusões diversas diante de um mesmo caso, é possível dizer que um deles não chegou à resposta correta? A pergunta é por demais interessante, pois é lugar comum

---

45 O qual, para a teoria Habermasiana, reflete muito mais sobre o significado da vida do que sobre o sentido da vida. Nesse sentido consultar: STEIN, Ernildo. **Mundo Vivido** – Das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

46 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 318.

47 Para Stein, a diferença ontológica ocorre quando "o ser *heideggeriano* torna-se o elemento por meio do qual se dá o acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade", acrescentando que "como esta condição só opera mediante a compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende, a fundamentação (condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico". STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica:** ensaios sobre a desconstrução. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008, p. 116.

48 STRECK, *Op. cit.*

> entre aqueles que estão a transitar entre propostas paradigmáticas de operação do Direito. Nesse sentido, é preciso dizer que a resposta correta não se apura de forma conteudística. [...] nenhuma delas representa a resposta substancialmente e definitivamente correta.[49]

Em resposta à crítica, Streck salienta que "uma resposta às exigências concretas de transformação social [...] dependem, antes de tudo, do comportamento concreto dos sujeitos da relação", e, que sem a satisfação dos direitos substantivos deste, será impossível falarmos em condições seguras "para o exercício da democracia", devendo, portanto, a tese habermasiana ser considerada "como elemento formal, teórico, epistemológico".[50] A partir dessa análise, Streck sustenta que Álvaro Ricardo de Souza Cruz confunde discurso de fundamentação com a pré-compreensão, bem como ignora o perfil de juiz em Habermas, ao sustentar que o magistrado não deve ponderar valores ao decidir.

Streck aduz que

> o juiz de que fala Souza Cruz não é, por certo, o juiz de perfil habermasiano. Com efeito, de modo como foi colocado, em que ponderação de valores (sic) já estaria dada na "etapa da pré-compreensão hermenêutica do texto e das circunstâncias fáticas relevantes" mais parece o perfil – *mutatis mutandis* – de um "juiz hermeneuta". [...] d'onde parece ter havido, por parte de Souza Cruz, uma confusão entre discurso de fundamentação – condição de possibilidade para discurso de aplicação – e a categoria da pré-compreensão, ínsita à hermenêutica. Esqueceu-se que, para decidir a querela [...] é necessário existir, antes, um discurso de fundamentação acerca dessa matéria, construído de forma argumentativa e que funcione contrafaticamente.[51]

Dessa forma, contradiz-se Souza Cruz, conforme Streck, ao invocar a pré-compreensão hermenêutica para a teoria do discurso habermasiana, ao sustentar que "é o procedimentalismo que possibilita que a noção de validade de uma norma de ação possa se sustentar tão-somente pelo resgate argumentativo, imposto pelos princípios da moralidade e da democracia".[52]

---

49 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 195.

50 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98-99.

51 *Ibidem*, p. 99.

52 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

Aliás, há muito já lembrava Streck que as situações resolver-se-ão quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado Liberal, passar a ser contestada de dois modos: de um lado, com textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; e, de outro, com o controle por parte dos tribunais, desde que passem não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição, concretizando, assim, a jurisdição constitucional.[53]

3.3 Discricionariedade judicial na legislação processual brasileira

Bandeira de Mello, no âmbito do direito administrativo, acolhe a existência de discricionariedade judicial no sistema brasileiro, por meio de atos de competência, ressaltando que ocorre "a distinção entre atos expedidos no exercício da competência vinculada e atos praticados no desempenho de competência discricionária" em que se evidenciaria um vácuo interpretativo.[54]

Posições como essa levam alguns juízes a exercerem – no âmbito do processo civil – certos poderes discricionários, afirmando que esses são naturais à sua função de juiz. Aliás, o nosso sistema processual dá azo a essas interpretações, por ser fértil em dispositivos abertos a tais conceitos.

Analisemos alguns deles.

3.3.1 *A interpretação restritiva do art. 293 do CPC*

Diante da assertiva: "os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais"[55], pergunta-se o que representa "interpretação restritiva"?

Em um primeiro momento, ficamos tentados a responder apressadamente que tal dispositivo deve ser analisado em conjunto com o art.

---

53 STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 223, dez. 2003.

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 09.

55 Art. 293 do CPC.

128[56] e com o art. 460[57] do mesmo diploma legal. A fim de se evitarem decisões *citra*, *ultra* ou *extra petita*, entendemos que esse artigo encontra-se carente de sentido, nada representando por si só.

Como ensina Silva Filho, "esta determinação se verifica quando percebemos que o ser não se confunde com nenhuma determinação do ente",[58] portanto não poderia subsistir como algo, pois um pensamento que buscasse o nada teria que anular a si próprio, uma vez que o "ser se mostra sempre como algo determinado", até porque, "se assim não fosse, nunca poderíamos dizer e saber se algo 'é' ou 'não é'".[59]

Dessa forma, por via analógica, podemos destacar que o texto legal desprovido de sentido representa um nada jurídico, que possibilita a discricionariedade e os decisionismos, próprios do paradigma positivista, aliás, modelo que o Estado Democrático de Direito procura superar. Com isso, dispositivos estipulados anteriormente à Constituição de 1988 devem ser interpretados com base nos alicerces desse novo cenário.

Portanto, há que se negar a possibilidade da discricionariedade judicial, pois "o juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculadas aos princípios gerais de direito; não produz normas livremente",[60] afastando, assim, a ocorrência de juízos de oportunidade, porquanto "não pode o juiz penetrar, nem de leve, no terreno discricionário".[61]

Como ressalta Oliveira, "o entrave é que na realidade sob o manto do juízo discricionário várias ações são praticadas em afronta ao sistema jurídico".[62]

---

56 "Art. 128 - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."

57 "Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

58 SILVA FILHO, J. C. M. **Hermenêutica Filosófica e Direito:** o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

59 *Idem*, 2006, p. 115-116.

60 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 200.

61 TÁCITO, Caio *apud* OLIVEIRA, F. C. S. **Por uma teoria de princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 123.

62 *Idem*, 2003, p. 124.

3.3.2 *O art. 126 do CPC e a aplicação subsidiária de princípios gerais de direito*

A nossa legislação processual refere em seu artigo 126 que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Desse modo, cria-se uma hierarquia incompatível com o modelo introduzido pelo Estado Democrático de Direito.

Esse dispositivo, ao colocar como subsídio de fundamentação, em um primeiro plano, as normas, está, na verdade, evidenciando o que Dworkin, segundo Grau, chamou de norma-objetivo, ou diretrizes, as quais correspondiam às "pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (ainda que – observa – alguns objetivos sejam negativos...)"[63], e relegando a um segundo plano os princípios que devem ser entendidos como

> pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas e sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral.[64]

Tal dispositivo vai ao encontro do ideal positivista, o qual está fundado em um mundo de regras que metafisicamente pretende abarcar a realidade, através de um nível de objetivação, além de pretender estipular uma relação de dependência (subsidiariedade) dos princípios, os quais pressupõem não operar mais com dados ou quantidades objetiváveis, pois se situam no campo do acontecer ontológico.

Como ressalta Streck, "o princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu", até porque "não há como interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. Isso porque a regra não está despojada do princípio".[65] Desse modo, não há

---

63 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 124.

64 *Idem*, 2002, p. 124.

65 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 336-337.

como se validar uma subsidiariedade pretendida pelo diploma processual, porquanto

> Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução de conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais.[66]

Dessa forma, esse dispositivo vai de encontro ao novo modelo, pois nele "nada pode ser se não for constitucionalmente legítimo".[67]

3.3.3 *Valoração da prova de que trata o art. 405, § 4º, do CPC*

O nosso código de processo civil estipula no seu artigo 405 que:

> Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
> [...]
> § 4º - Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (Art. 415) e *o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer*. (grifos nosso).

O dispositivo supramencionado apresenta o tema da valoração da prova que, para alguns doutrinadores, insere-se no campo da livre convicção do juiz na avaliação da prova ou livre admissibilidade da prova[68]. Aliás, o nosso ordenamento processual é rico em enunciados que admitem o *princípio da livre admissibilidade da prova*[69] ou "princípio

---

66 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 289.

67 *Idem*, 2003, p. 290.

68 PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 208.

69 Expressão trazida por Portanova, que aduz, ainda, haver uma divisão do princípio em três aspectos, a saber: "a) livre admissibilidade quanto ao momento da prova; b) livre admissibilidade quanto aos meios de prova; c) livre admissibilidade quanto ao objeto da prova". PORTANOVA. *Op. cit.*, p. 209.

do livre convencimento, também chamado de princípio da persuasão racional"[70].

No entender de Bezerra Leite,

> Este princípio na verdade, encerra a base de um sistema processual em que o juiz forma a sua convicção apreciando livremente o valor das provas dos autos. A liberdade de que goza o juiz não pode, porém, converter-se em arbítrio, sendo antes, um dever motivar o seu raciocínio.[71]

Assim, apesar da extensão de enunciados que pressuponham uma "livre convicção", na verdade o juiz tem um dever (imperativo), uma vez que lhe cabe determinar e apreciar as provas[72], fundamentando o seu convencimento (decisão)[73].

Parte da doutrina sustenta que existem critérios objetivos e subjetivos para conceituação da prova, "os quais influenciarão, dependendo da valoração dada a um critério em detrimento de outro",[74] o que representa, sem dúvida, uma aceitação de discricionariedade judicial. Aliás, Ribeiro categoricamente afirma que "o ato de julgar é insofismavelmente discricionário",[75] com o que não concordamos, como já explanado anteriormente.

Ao apreciar a prova apresentada nos autos, o juiz deve agir com coerência, a qual "assegura igualdade" no julgamento e deve ser buscada através de uma análise interpretativa, constituída "a partir do círculo

---

70 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 495.

71 *Ibidem*, p. 495.

72 No CPC, o art. 130 afirma que: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias". Na CLT, o art. 765 estabelece que "os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

73 CPC, "Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Pela CLT (art. 832), "Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão".

74 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 69.

75 *Idem*, 1998, p. 66.

hermenêutico"[76]. Da mesma forma, o magistrado não deve desconsiderar a integridade, pois esta o impede de deslizar para a arbitrariedade[77].

Dessa forma, sem esquecer de que tem, como salienta Hommerding, a responsabilidade de proteger os direitos e garantias insculpidos na CF/88 e seus sentidos, ao juiz é vedado realizar a "atribuição desse sentido da maneira que bem entender".[78] Se assim não o fizer (fundamentar em conformidade com os valores da Constituição), tal decisão poderá ser considerada nula de pleno direito[79].

3.4 Possibilidade e necessidade de respostas corretas em direito, segundo Lenio Streck

Lenio Streck propõe o fortalecimento do Direito, pois, para ele, o Direito deve servir de mudança social, e, para tanto, deve ser (re)pensado, porquanto, "se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm propiciar uma nova teoria da norma", faz-se necessária a utilização de um novo paradigma interpretativo, para que se possa superar o *déficit* da realidade atual que o Direito atravessa.[80]

Tal fortalecimento, por conseguinte, estaria principalmente fundado em uma postura de concretização da Constituição,[81] com o estabelecimen-

---

76 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 323.

77 *Idem*, 2007, p. 324.

78 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 179.

79 Uma vez que a própria Constituição estabelece em seu art. 93, IX que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (grifos nossos).

80 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 330.

81 "Por isso, o dês-velar do novo (Estado Democrático de Direito, sua principiologia e a conseqüente força normativa e substancial do texto constitucional) *pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica*, mergulhada na crise de

to de sua força normativa (Hesse)[82] em detrimento do modelo metódico de aplicação da lei estritamente considerada, uma vez que "a plenipotência da lei – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e social) de Direito".[83]

Assim, é preciso ultrapassar os pré-juízos causados por atuações judiciais que relegam o Direito Constitucional a um segundo plano, o que acaba por constituir uma *baixa constitucionalidade* que, do ponto de vista hermenêutico, "estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, consequentemente, a manifestação do ser (do Direito)".[84] Através da Nova Crítica do Direito, que carrega em si um ideal substancialista, Lenio Streck defende que a hermenêutica filosófica, entendida como uma condição de possibilidade para compreensão-interpretação-aplicação do direito, facilita a obtenção de respostas corretas para qualquer caso.

Com a hermenêutica filosófica, através de sua ideia base que é o círculo hermenêutico, sustenta Streck: "o intérprete fala e diz o ser na

---

paradigmas". Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 299.

82 Para Hesse, a força normativa da Constituição não está apenas em adaptar-se de forma inteligente a dada realidade. Assim, para que ela possa converter-se em força ativa, faz-se necessário que, na consciência geral, esteja presente não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição*, que tem origem "na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme", na "compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos" e, ainda, na "consciência de que [...] essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana". Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19.

83 STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica:** Anuário do programa de Pós-Graduação em direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 330.

84 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 215-216. Salienta, ainda, Streck que a pouca importância que ainda se dá à Constituição deve-se ao fato de que os textos anteriores ao de 1988 estabeleciam ao legislador a tarefa de efetivar os valores, transformando o texto constitucional em mera lista de propósitos.

medida em que o ser se diz a ele, e onde a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior".[85] Com isso, o interpretar não corresponde a um mero instrumento de conhecimento, pois isso levaria a algo sem sentido na busca da interpretação jurídica.

Para Lenio Streck, estaremos diante de uma interpretação correta,

> quando "desaparece", ou seja, fica "objetivada" através dos "existenciais positivos", em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou porque interpretamos dessa maneira, e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se) do mesmo modo como nos movemos no mundo através de "nossos acertos cotidianos", conformados pelo nosso modo-prático-de-ser-no-mundo. Fica sem sentido, destarte, separar/cindir a interpretação em *easy cases* e *hard cases.*Na medida em que nosso desafio é levar fenômenos à representação (pela linguagem), casos simples (*easy cases*) e casos complexos (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, torna-se um "caso fácil".[86]

A partir da incindibilidade entre interpretar e aplicar, bem como da pré-compreensão (possibilidade de compreender), o autor explica que o sujeito (intérprete) poderá enunciar a norma, uma vez que, desde sempre, se encontra inserido na faticidade. Sob tal perspectiva, as distinções entre *hard cases* e *easy cases* perdem o sentido justamente porque a afirmação precedeu a própria pergunta, afinal, "fosse possível [...] distinguir casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros".[87] Enfim, somente se pode afirmar sustentar a dificuldade de um caso em momento *a posteriori*.

A cisão entre sujeito e objeto acabou por acarretar a tensão entre o texto e o sentido resultante da norma[88]. Nesse sentido, o jurista "acredita

---

85 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304.

86 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 397-398.

87 STRECK, Lenio Luiz. *loc. cit.*, p. 397-398.

88 Para Streck, "texto e norma não são coisas separadas; texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro; texto e norma igualmente não estão 'colados' um ao outro, 'sendo a tarefa do intérprete a de extrair um sentido oculto do texto', como querem algumas posturas axiológicas. Não! Texto e norma

que o mais importante é interpretar textos, buscando 'amarrar' o resultado da interpretação". Dessa forma, teríamos, de um lado, o sujeito universal, capaz de obter a mesma resposta mediante o método adequado; de outro, um objeto provido de essência. Assim, poderia o intérprete, pelo método, reconfortar-se com a verdade.[89]

A ruptura do esquema sujeito-objeto se dá a partir do círculo hermenêutico, o qual introduzirá naquele o mundo prático (faticidade), através da linguagem, que invade a filosofia e rompe com o positivismo, manipulando o método interpretativo, conforme as necessidades prévias do sentido, pois é impossível a estipulação de um método universal[90].

Sendo assim, as contribuições de Heidegger e Gadamer são fundamentais, no entender de Streck, porque propiciam a compreensão vinculada ao ser-aí, a partir das noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, uma vez que naquelas "existe um manancial de possibilidades para que se olhe o novo com olhos de novo",[91] o que propicia, entre outras, uma reflexão sobre *procedimentalismos* e *substancialismos*, no que tange à busca de uma Constituição dirigente, pois,

> muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e John Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Tribe, Perry, Wellington, e, em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Bandeira de Mello, entre outros. Para mim – e por isto sou substancialista – as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente compromissário da Constituição (vejam-se as críticas de Habermas e Ely à legitimidade das decisões intervencionistas dos Tribunais Constitucionais; já Garapon vai dizer que a invasão da sociedade pelo Judiciário serve para o enfraquecimento da democracia representativa). Por tudo

são diferentes ante a diferença ontológica [...] porque o texto só será na sua norma e a norma só será no texto. No caso, entendo que a norma é o sentido do ser do texto". Cf. STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 364.

89 *Ibidem*, p. 401.

90 *Ibidem*, p. 397.

91 *Ibidem*, p. 403.

> isto, acredito que temos que refletir acerca das tensões que exsurgem do embate entre procedimentalismo e substancialismo e que conseqüência isto terá na sobrevivência da idéia de Constituição Dirigente.[92]

Tal possibilidade nos leva a uma nova maneira de enxergar o magistrado e o Poder Judiciário, visto que "a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças",[93] vedando-se ao juiz a possibilidade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, até porque necessitamos superar o paradoxo de ter "uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática-jurídica que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos".[94]

Para atingir tal desiderato, não há como se sustentar, portanto, *decisionismos* e/ou *discricionariedades*, movimentos típicos da concepção (neo)positivista.[95] Assim, propõe Streck que o rompimento desses modelos ocorre com a superação da filosofia da consciência e suas cisões metafísica, salientando que, através da hermenêutica ontológica "(não clássica), portanto não procedimental, será possível encontrar (sempre) uma resposta condizente (conforme) com a Constituição".[96]

Streck afirma, ainda, que "o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender.

---

92 Cf. STRECK, Lenio Luiz. Intervenção. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80-81.

93 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 15.

94 *Ibidem*, p. 15.

95 Paradigmas, aliás, "que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença 'genética' entre regras e princípios (além da nova teoria das fontes e do novo modelo hermenêutico que supera o modelo exegético-subsuntivo, refém do esquema sujeito-objeto". Cf. STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 357.

96 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 367.

A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional", uma vez que se pode falar de textos jurídicos aplicados a um caso.[97]

Nesse sentido, não há como se admitirem relativismos entre casos similares, porquanto não é porque se constituem em casos diferentes que sempre se podem aplicar resultados diversos, pois o raciocínio não é meramente lógico e deve levar em conta a *faticidade*, uma vez que não se pode falar em verdades universais, haja vista que o sentido é atravessado por um processo de compreensão que convoca diversos sujeitos e significantes, para que ocorra uma fusão de horizontes.[98]

Desse maneira, o intérprete deve invocar a Constituição, ao fundamentar sua decisão, cuidando para que essa fundamentação não represente apenas uma repetição dogmático-histórica do conceito, mas, sim, sustente o sentido proposto pelas duas grandes revoluções copernicanas ocorridas no século XX, quais sejam: o constitucionalismo, que abarca no direito os conflitos sociais; e a linguagem, que acabou por invadir a filosofia, refutando o dualismo sujeito-objeto.[99]

Somente com certa compreensão de Constituição (aquela que propicia o encontro entre o sujeito e a faticidade, e opta pela garantia dos Direitos Fundamentais, e não do Mercado), pode-se falar em interpretação adequada diante do caso concreto. É a partir de uma "virtuosidade do círculo hermenêutico" que se encontra a "resposta hermeneuticamente correta", a qual, segundo Streck, apesar de guardar certa simbiose entre a teoria interpretativista de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que

---

97 *Ibidem*, p. 367.

98 Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** - Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

99 STRECK, *Op. cit.*, p. 407. Aliás, em que pesem tais revoluções, Streck alerta que se evidencia a não recepção daqueles ideais pela hermenêutica jurídica praticada nas escolas de direito e nos tribunais, onde ainda predomina o ensino dos métodos tradicionais de interpretação, que faz com que ocorra a objetificação da interpretação, possibilitando ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido. Dessa forma, "não é desarrazoado afirmar, destarte, que a hermenêutica praticada nas salas de aula continua absolutamente refratária ao giro lingüistico-ontológico". Ver: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e ensino Jurídico em *Terrae Brasilis*: ainda a questão da resistência positivista. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Orgs.). **Conflito, jurisdição e Direitos Humanos:** (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008, p. 220.

abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora, "como o juiz Hércules de Dworkin também o é",[100] até porque, sinaliza o autor, "metáforas servem para explicar as coisas".[101]

Enfim, qualquer resposta que se pretenda correta em direito será necessariamente uma resposta adequada à Constituição, e uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto – somente é válida se estiver de acordo com a Carta Constitucional.

3.4.1 *O mito da discricionariedade e/ou subjetividade no ato de julgar*

Há muito se discute a (in)existência de um poder discricionário/decisionista do juiz. Já Kelsen, citado por Sgarbi, afirmou que "a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior".[102] Dessa forma, extrai-se do pensamento kelseniano que é através daquela operação mental que se fixa o sentido da norma, e esse "interpretar representa uma atividade imprescindível para o direito"[103], que pode ser considerada autêntica ou não autêntica.[104]

A teoria de Kelsen, segundo Sgarbi, deve ser entendida "a partir da ideia de 'sujeitos' da interpretação, 'função' interpretativa e 'objeto' da interpretação", e essa "divisão propicia fornecer um quadro geral" da construção teórica daquele filósofo.[105] Ainda o jurista austríaco, ao assumir a existência de interpretações inautênticas e colocar nesse grupo as interpretações política e científica, acaba por admitir a possibilidade de se decidir extramoldura, e isso implica dizer que o filósofo rende-se a um certo decisionismo.

Nesse sentido, ressalta Kelsen que

---

100 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 413.

101 *Ibidem*, p. 413.

102 SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen:** ensaios introdutórios (2001-2005). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90.

103 *Ibidem*, p. 95.

104 "Diz-se ser 'autêntica' quando decorre da interpretação dos órgãos de aplicação jurídica; por exclusão, todas as demais são 'não-autênticas'". *Ibidem*, p. 101.

105 *Ibidem*, *loc. cit.*

> Contrariamente ao que às vezes se afirma, o tribunal não formula apenas um Direito já existente. Ele não "busca" e "acha" apenas o Direito que existe antes da decisão, não pronuncia meramente o Direito que existe, pronto e acabado, antes do pronunciamento. Tanto ao estabelecer a presença das condições quanto ao estipular a sanção, a decisão judicial tem um caráter constitutivo. [...]. As condições e conseqüências são relacionadas por decisões judiciais.[106]

Mas esse expoente do positivismo não está sozinho, pois Herbert Hart apostou na discricionariedade dos juízes para resolver esse problema da "abertura semântica", criando, com isso, um *positivismo discricionarista*[107].

Entretanto, em que pese a doutrina positivista, representada aqui pelos autores supracitados, defender a ideia da (in)existência de um poder discricionário/decisionista do juiz, ver-se-á adiante que tal prerrogativa é questionada e refutada por parte significativa da doutrina[108].

Dessa maneira, inicia-se a análise pelos ensinamentos de Eros Roberto Grau, que há muito vem afirmando que interpretar o direito é "formular juízos de legalidade" (e de constitucionalidade). Considera, portanto, que a *discricionariedade judicial* diz respeito ao "poder de criação da norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade)".[109]

O autor ressalta, todavia, haver distinção entre juízo de oportunidade e juízo de legalidade, uma vez que

> [...] o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. [...] não atuando no mesmo plano lógico, de modo que se possa opor a legalidade à discricionariedade – e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem a pratica –, a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade.[110]

---

106 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 196-197.

107 Nesse sentido, consultar: HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

108 Em especial, aquelas capitaneadas por Eros Roberto Grau; Lenio Luiz Streck; Adalberto Narciso Hommerding, *et al.*

109 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-53.

110 *Ibidem*, p. 52-53.

Verifica-se, então, que Grau nega peremptoriamente a discricionariedade judicial, por entender que "o juiz não produz normas livremente", até porque "todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao 'espírito da lei' ou à 'vontade do legislador', estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial [...] pelos que veiculam princípios".[111]

A Nova Crítica do Direito também refuta a tese do poder discricionário/decisionista do juiz, asseverando que "o ato interpretativo não é produto [...] de uma atitude solipsista do intérprete", uma vez que não está afeito à objetividade, mas, sim, a partir do Estado Democrático de Direito, à intersubjetividade, já que "o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja".[112]

Sobre a insistente utilização de atos discricionários/decisionistas, Lenio Streck ressalta o enfraquecimento da doutrina na contemporaneidade, através do fortalecimento do aplicador da lei, o que resulta numa vulnerabilidade dos juristas em face das decisões proferidas pelos tribunais, os quais continuam a praticar discricionariedade e decisionismos em seus julgados. Nesse sentido, Streck apresentou, como exemplo a seus argumentos, a decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, ao fundamentar seu voto no julgamento do AgReg em ERESP nº 279.889-AL, nos seguintes termos:

> 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. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é,

111 *Ibidem*, p. 52.

112 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

> mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.[113]

No atual contexto em que vivemos (EDD)[114], no qual se faz necessária a concretização de uma jurisdição constitucional através de uma intervenção, nesse sentido, por parte do intérprete, a discricionariedade e os decisionismos devem representar um mito ultrapassado, pois atuar em (para) uma jurisdição constitucional implica necessariamente o afastamento daqueles atos, os quais são próprios do modelo positivista, que permite a atribuição arbitrária de sentidos. Aliás, "o fato de não existir um método que possa dar garantia à 'correção' do processo interpretativo", o que já era denunciado por Kelsen, não tem o condão de justificar interpretações volitivas do operador.[115]

3.4.2 *Pensando na diferença e refutando o falacioso dogma dos* hard cases

Laurence Tribe e Michael Dorf, citados por Lenio Streck, afirmam que "é um erro básico supor que os grandes problemas de interpretação só aparecem nos casos difíceis",[116] pois como saber a distinção destes para os chamados casos fáceis (*easy cases*)? Streck afirma que há uma crença de que, nos casos fáceis, existe apenas uma explicação que se origina do raciocínio lógico-dedutivo, ao passo que, nos difíceis (*hard cases*), se evidenciaria uma complexidade que não poderia ser absorvida por uma "explicação causal".[117]

Tal distinção, como lembra Streck, atende a uma distinção entre sujeito e objeto; portanto, a uma postura metodológica e objetivista que acaba por acatar "procedimentos interpretativos próprios para casos fáceis" e "procedimentos interpretativos próprios para casos difíceis".

A partir da hermenêutica filosófica, a Nova Crítica do Direito sustenta que a distinção *hard cases* x *easy cases* é metafísica, questionando aquela escola que:

---

113 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 215-216.

114 Estado Democrático de Direito.

115 STRECK. *Op. cit.*, p. 218-219.

116 *Ibidem*, p. 248.

117 *Ibidem*, p. 251.

> a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação de sua origem essencial. Ao fazer a distinção entre as operações causais-explicativas (deducionismo) destinadas a resolver os casos simples e as "ponderações" calcadas em procedimentos que hierarquizam cânones e princípios (ou postulados hermenêuticos) para solver os casos complexos, reduz-se o elemento essencial da interpretação a uma relação sujeito-objeto.
> Acreditar na cisão entre casos (fáceis) simples e casos difíceis (complexos) é pensar que o direito se insere em uma "suficiência ôntica", enfim, que a "completude" do mundo jurídico pode ser "resolvida" por raciocínios causais-explicativos, em uma espécie de "positivismo da causalidade".[118]

Se, a partir do paradigma hermenêutico, "o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier [...] também não escolhe o que seja caso fácil e um caso difícil", até porque cabe a ele realizar/concretizar uma jurisdição constitucional, o que implica, entre outras medidas, assegurar o efetivo acesso à justiça, o que representa um direito fundamental.

Nesse sentido, Leonardo Greco salienta que:

> Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.[119]

No que tange ao acesso efetivo à Justiça, Mauro Cappelletti sustenta a ocorrência de três "ondas renovatórias do processo", e, entre elas, afirma a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e à prevenção de litígios.[120] Assim, não há como se negar que o acesso à justiça possui caráter fundamental e representa o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 explicita em seu artigo 10º que:

> toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja eqüitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que

---

118 *Ibidem*, p. 252.

119 GRECO, Leonardo. Acesso à Justiça no Brasil. **Revista do Curso de Direito da UNIVALE – Universidade do Vale do Rio Doce**, Governador Valadares, UNIVALE, n. 1, jan./jun., 1998, p. 70.

120 Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

> decidirá tanto sobre os seus direitos e obrigações, como sobre as razões que fundamentam qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.[121]

Essa preocupação internacional foi amplamente recepcionada em nossa Constituição de 1988,[122] representando um desafio ao intérprete, que tem o dever de apresentar uma resposta constitucionalmente adequada e, portanto, vinculada aos ideais daquela Carta, em especial à pacificação social, o que implica fomentar a solução pacífica das controvérsias.[123]

Assim, ao intérprete cabe, em uma sociedade multicultural como a brasileira, buscar a solução pacífica dos conflitos concretos, bem como a prevenção da má administração desses conflitos, incentivando a cultura do diálogo e da não violência, pois o juiz deve ir ao encontro das respostas corretas para a solução do litígio, auxiliando a proporcionar "a superação do Direito enquanto sistema de regras, a partir dos princípios que resgatam o mundo prático até então negado pelo positivismo".[124]

Aliás, se estamos diante de uma sociedade multifacetada, devemos, como afirma Ernildo Stein, pensar na diferença e, com isso, romper com o pensamento identitário da metafísica, a fim de entrar no espaço da diferença ontológica.[125] Desse modo, o intérprete, como afirma o Ministro

---

121 HAARSCHER, Gui. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Inst. Piaget, 1993, p. 171.

122 "Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral [...]".

123 Preocupação evidenciada já no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, que assim dispõe: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil" (grifos nossos).

124 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006, p. 328.

125 Nesse sentido, consultar: STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

Carlos Ayres Brito, representa a "ponte entre a justiça em abstrato e a justiça em concreto",[126] em que "o dever ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre justiça como formulação meramente objetiva e a justiça material do caso entre as partes".[127]

Dessa forma, cabe ao intérprete, jurista, a criação e o fomento de "uma cultura jurídica que leve os cidadãos a sentirem-se mais próximos da justiça. Não haverá justiça mais próxima dos cidadãos, se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça".[128]

Nesse sentido, o Poder Judiciário Brasileiro está promovendo, ainda de forma embrionária, uma reforma já aqui destacada anteriormente, que implica, entre outras ações, a capacitação jurídica de líderes comunitários, preparando-os como mediadores[129] na solução de conflitos. Segundo Boaventura de Sousa Santos:

> A experiência de justiça comunitária no Brasil está relacionada com o impulso dos tribunais de justiça estaduais em capacitar os membros das localidades mais pobres a prestar orientação jurídica e dar solução a problemas que não poderiam ser solucionados devidamente no judiciário ou por não se adequarem às exigências formais/probatórias do juízo ou porque na justiça oficial não obteriam uma pronta resposta.[130]

Tal ação nos remete a levantar a hipótese da criação de uma *jurisdição comunitária* no país, mas isso é assunto a ser desenvolvido em outra pesquisa.

---

126 BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59.

127 *Ibidem*, p. 61.

128 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 89.

129 Para Warat: "A mediação seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo; uma verdade que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária. Um juiz que decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido". WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo:** A mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998. p. 11-12.

130 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 52.

Nesse sentido, Petrônio Calmon ressalta a necessidade urgente de uma transformação na resolução dos conflitos, com a criação de um modelo de jurisdição que "represente uma contribuição para o crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos", o qual transformará o papel do Estado, que passa de um modelo intervencionista para um modelo comprometido com a pacificação social, incentivando e supervisionando o diálogo.[131]

Aliás, "a jurisdição, como nós conhecemos hoje, é um mero momento histórico, sendo recomendável que se observe que esse mesmo fenômeno evolutivo pode estar produzindo, nos dias atuais, uma nova ordem de realização da justiça", que deve ser explorado, pois "indicador de um futuro inesperado", que o mundo da vida nos traz, uma vez que "a política altera-se constantemente e com ela alteram-se a economia, a jurisdição e outras áreas da sociedade organizada".[132]

Luis Alberto Warat ressalta que os termos *cidadão* e *Direitos Humanos* tornam-se, cada dia mais, sinônimos, podendo, no futuro, designar a mesma coisa, ou nada. Assevera Warat que "o futuro (condições e prospectivas semiológicas filosófico-existenciais) da cidadania e dos Direitos Humanos é a mediação como cultura e como práticas para sua realização na experiência cotidiana das pessoas".[133]

Para tanto, necessitamos de um juiz-cidadão, "que substitui o tipo e os conceitos pela forma de ver", considerando sua intervenção (interpretação) nos conflitos como "gestão de potências".[134] Os magistrados, aos poucos, reconhecem que "a cultura da mediação tem como uma de suas principais finalidades ajudar a que se possa aprender como repensar o pensamento",[135] pois urge uma humanização da justiça.

Essa humanização é descrita pela Ministra Nancy Andrighi como uma *justiça doce,* que propicia o diálogo e toma o lugar de uma sentença "que corta a carne viva".[136] Portanto, assenta-se na vinculação por parte desta e de seus operadores em prol da efetivação de direitos fundamentais.

---

131 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 03.

132 *Ibidem*, p. 38.

133 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 110.

134 *Ibidem*, p. 166.

135 *Ibidem*, p. 164.

136 Prefácio da obra de Lília Sales. In: SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos:** família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

3.4.3 *Vinculação à efetivação de direitos fundamentais: a Constituição como princípio*

Ao se falar em direitos fundamentais, devemos ter em mente que estamos diante de preceitos de natureza multidisciplinar amplamente recepcionados na Carta Brasileira, a qual constituiu a obrigação de o Estado brasileiro promover grandes demandas sociais, entre elas, aquelas que dizem respeito aos Direitos Humanos,[137] cabendo ao Poder Judiciário superar quaisquer aspectos negativos que possam advir desses direitos, tomando conhecimento de que essa superação passa por entender que o "problema de cumprimento ou não de cumprimento de normas de conduta sociais cogente, não é um problema exclusivamente jurídico".[138]

Para tanto, o intérprete deve conduzir uma interpretação utilizando princípios, uma vez que esse agir resulta no estabelecimento de algum direito fundamental envolvido em litígio, até porque os "argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo".[139]

Dessa forma, compete ao juiz a interpretação dos preceitos constitucionais consagrados nos direitos fundamentais,[140] através da sua aplicação em casos concretos, pois o Estado Democrático de Direito, introduzido pelo texto constitucional de 1988 no Brasil, acentuou esse novo papel dos juízes, mediante a fixação de objetivos vinculados a princípios bem

---

137 Para Boaventura de Sousa Santos, "o conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem que ser defendida". Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 445.

138 LEAL, Rogério Gesta. A difícil relação entre Direitos Humanos e Fundamentais e o Judiciário Brasileiro. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Orgs.). **Conflito, jurisdição e Direitos Humanos:** (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008, p. 170.

139 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

140 Cadermatori citando Ferrajoli, afirma que são "direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas de capacidade de fato". Cf. CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2006, p. 39.

definidos, que acabam por representar, ainda, "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade".[141]

Os preceitos constitucionais que respeitam os direitos fundamentais pretendem estabelecer "referenciais de humanidade".[142] Como exemplo de texto com esses ideais, Peter Häberle ressalta que a Constituição Alemã apresenta "uma declaração de Direitos humanos invioláveis e inalienáveis como base de qualquer (!) comunidade humana, da paz e da justiça do mundo",[143] dentre outros diplomas, o que evidencia, no seu entender, uma vasta e rica multiplicidade de "textos constitucionais, nos quais se percebe a alusão a questões cosmopolitas, à abertura para o mundo, à cooperação global, a temas universais, a referências à humanidade, a *ideais*, ou através dos quais é possível inspirar-se".[144]

Assim, o intérprete constitucional deve, no entender de Juarez Freitas, realizar a "defesa imunológica indispensável à longevidade saudável", uma vez que "bem interpretado o atual texto, induvidosamente revela-se uma Carta legítima e democrática, sobremodo no plano mais alto dos princípios",[145] necessitando, portanto, de uma atuação completa do intérprete, no sentido de não compactuar com uma redução nas conquistas, até porque não se admite mais voltar atrás em se tratando de conquistas da humanidade, "razão pela qual se pode afirmar que somente pode haver uma *ampliação* das garantias constitucionais, jamais uma redução".[146]

Dessa maneira, só é admitido ao intérprete constitucional atualizar o conteúdo dos direitos constitucionais, tendo em vista o caráter aberto da Constituição, cuja atualização pode ocorrer justamente "por meio da interpretação sempre tendo como referência os fins eleitos pela ordem

---

141 *Idem*, 2006, p. 36.

142 HÄBERLE, Peter. A Humanidade como valor básico do estado constitucional. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito & Legitimidade**. Tradução de Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 53.

143 *Ibidem*, p. 54-55.

144 *Ibidem*, p. 65.

145 FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional:** estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 248.

146 LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Barueri: Manole, 2003, p. 141.

constitucional".[147] O intérprete, por conseguinte, ante a inegável incorporação de valores ao texto constitucional de 88, tem a tarefa de lhes conferir plena eficácia. Dessa forma,

> é razoável afirmar que os princípios conformam um plexo axiológico que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, constitui a característica marcante do ordenamento constitucional, conformando a Constituição material que não permite que sejam tratados como meras normas pragmáticas, de caráter eminentemente político e desprovidas de qualquer normatividade, como nos períodos jusnaturalista e positivista.[148]

Para tal superação, ao intérprete cabe conhecer a distinção qualitativa entre regras e princípios, diferenciação esta que permeia a moderna dogmática jurídica e se apresenta como indispensável para a superação do positivismo legalista, aliás, um fundamento maldito,[149] no qual as normas se uniam às regras jurídicas.

No cenário proposto pelo Estado Democrático de Direito, a partir de 1988, ocorre uma mudança paradigmática: "a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central".[150]

Enfim, cabe ao intérprete assumir suas responsabilidades, interessando-se pelo resultado de sua interpretação, o qual, segundo Streck, constitui o *algo* (a coisa), neste caso, a Constituição, uma vez que "a norma será sempre o produto da interpretação do texto", porque "a norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido [...] a um texto".[151]

---

147 *Ibidem*, p. 141.

148 *Ibidem*, p. 142.

149 Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos ao se referir aos fundamentos de direitos humanos que vigoravam no passado. Além de malditos, o autor considera-os "suprimidos com *ur*-direitos, normatividades originárias que o colonialismo ocidental e a modernidade capitalista suprimiram da maneira mais radical", assim, propõe que se deva extrair das "ruínas, a estrutura monumental dos direitos humanos fundamentais". In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 463.

150 *Ibidem*.

151 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 305.

Considerações Finais

O presente estudo procurou trazer à tona uma análise quanto ao papel dos magistrados no Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de suscitar uma análise no que tange ao agir desses intérpretes, perquirindo as suas responsabilidades e apresentando reflexões sobre os desafios da busca pelas respostas corretas em direito.

Os magistrados possuem à disposição um universo de possibilidades que permite compatibilizar suas decisões com a Constituição, desde que se insiram na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo o que ele representa, uma vez que este coaduna com diversos recursos hermenêuticos que aquela mesma tradição nos legou.

Para tanto, os juízes devem estar abertos a tais recursos, até porque aquele que objetiva compreender jamais deve se entregar antecipadamente ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e inconsequentemente possível, posto que, quando chegar o momento em que não pode mais ser ignorado, o texto poderá derrubar a suposta (pré-)compreensão. Aliás, quem deseja compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa (Gadamer), pois a "escuta" do texto constitucional ocorrerá a partir de uma interpretação que visa assegurar as garantias constitucionais,

especialmente proporcionando a efetiva tutela jurisdicional e respeitando os princípios da dignidade e da igualdade, fomentando a inclusão social e, consequentemente, proporcionando a outorga da cidadania.

O reconhecimento da cidadania, com seu significado ampliado, face às transformações da sociedade mundial representa uma preocupação com os bens a serem tutelados e protegidos. Se não é novidade que vivemos em um país onde o Estado se faz ausente e sequer fornece as condições necessárias ao implemento da cidadania (Hommerding), o cenário mundial contemporâneo desafia a efetividade dos direitos humanos.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, instituindo, assim, novo valor que confere suporte axiológico ao sistema jurídico, em sua totalidade, que deve ser levado em conta ao interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento nacional. Por isso, todo ato interpretativo, portanto, de aplicação, constitui ato de jurisdição constitucional. Dessa forma, na aplicação da regra, deve o intérprete – pois, como vimos, o ato de interpretar representa um dever constitucional – verificar (mesmo quando o problema pareça estar resolvido mediante a aplicação de regras) se o princípio que originou a regra não aponta em outra direção.

Tal distinção se faz necessária, uma vez que ainda persiste uma dualidade no que tange à visão de direito (uma vinculada à tradição do Estado – positivista – Liberal, e outra, ao Estado Democrático de Direito).

Nesse sentido, verifica-se que a visão vinculada ao modelo positivista-liberal volta-se para o passado, pensa em segurança jurídica individual, sem se preocupar com a efetivação de direitos sociais, ao passo que a visão no Estado Democrático de Direito tem preocupação, tanto com a proteção individual, quanto com a defesa das prerrogativas de direitos e garantias fundamentais, incluindo-se, assim, também os direitos sociais, coletivos e difusos (Hommerding), com uma perspectiva de futuro, sem se esquecer do histórico passado e presente.

Mas a análise da Constituição está ocorrendo sob duas vertentes, quais sejam, a de caráter procedimentalista e a de viés substancialista.

A tese procedimentalista, defendida por Antoine Garapon e Jürgen Habermas e seus seguidores[1], pressupõe a participação cidadã e a oportunidade do diálogo como fundamentos para a formação e a justificação do Direito (paradigma da compreensão procedimental), que, para essa tese,

[1] No Brasil, especialmente por Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

advém de um conjunto de procedimentos democráticos que se encontram alheios ao Poder Judiciário.

Nesse cenário, o juiz revela-se como "mero zelador dos procedimentos"[2], retirando-se a sua integridade, no sentido dworkiniano, o que não pode ser aceito no novo paradigma inserido pela Carta Constitucional, pois, nesse modelo, há as garantias de procedimentos democráticos, todavia sem as garantias concretas ou substanciais dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Já a teoria substancialista pressupõe, segundo seus adeptos (Bonavides, Miranda, Streck, Hommerding), uma valorização da Constituição "como instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito"[3], que soma um ideal voltado a concluir as promessas da modernidade, especialmente no que tange a se construir um Direito voltado para a realização dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, não só uma Constituição direcionada a possuir bens, mas também garantidora de que se possa usufruir de tais bens, juridicamente considerados.

Mas os juízes, considerados pela tese procedimentalista como meros *coadjuvantes* da jurisdição, devem estar atentos para não resvalarem em *decisionismos* e/ou *discricionariedades*, o que pressupõe um modo de decidir a partir de um ato de vontade, um "ato de querer do julgador", que relega a Lei a um segundo plano. Tal situação deve ser repudiada em um Estado Democrático de Direito, pois nesse há de ser respeitada a democracia, e essa se traduz também na obediência à produção das leis por um Legislativo democraticamente eleito, como aponta a Nova Crítica do Direito, capitaneada por Lenio Streck.

Convém recordar, nesse sentido, que uma das faculdades conferidas ao juiz para deixar de aplicar a Lei ocorre quando este utiliza a técnica da interpretação conforme a Constituição, ocasião em que atribui sentido àquela. No entanto, como não há como confundir a adequada e/ou

---

2 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 469-515.

3 HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo *versus* substancialismo". **Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito – MESTRADO da URI – Campus santo Ângelo**, Santo Ângelo, EdiUri, n. 1, p. 11-37, dez. 2006.

necessária interpretação da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes ou mesmo de tribunais (Streck), até porque é vedado ao juiz dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Além disso, o juiz, ao utilizar-se de mecanismos decisionistas, acabará por reeditar o positivismo (modelo ultrapassado com o Estado Democrático de Direito), o qual abarca essas decisões discricionárias, possibilitando que se legisle retroativamente. Uma coisa é o magistrado intervir para que se concretizem direitos; outra é utilizar sua autoridade para arbitrariedades ou desmandos. Mesmo porque admitir uma interpretação em que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais (Bonavides). Da mesma forma que se refuta o legislar sem limites, devemos coibir uma atuação decisionista do julgador.

Assim, a resposta correta em Direito encontra respaldo na postura substancialista e passa pela compreensão-interpretação-aplicação dos casos, a partir da antecipação de sentido no círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem mundos estanques, a fusão de horizontes do intérprete e do texto. Essa pré-compreensão, forjada no mundo prático, e tudo o que for compreendido passam pela interpretação. Quando se sabe compreender e interpretar, o ato de aplicar é instantâneo, é consequência. E quem compreende-interpreta e aplica não terá casos difíceis.

De acordo com a Nova Crítica do Direito, imaginar uma resposta correta em direito é necessariamente apresentar uma resposta adequada à Constituição. Nesse sentido, é importante ressaltar que uma norma, a qual representa o produto da interpretação de um texto – que, por sua vez, é sempre evento –, somente é válida se estiver de acordo com a Constituição. Assim, diante da verificação de que o texto brasileiro coloca a preocupação com a pacificação social (princípio da não violência) como valor fundante, ele impõe que se pense uma jurisdição voltada para esse fim, incentivando métodos não adversariais de resolução de conflitos, uma vez que estes acabam por cultuar os direitos e garantias fundamentais, ao passo que outorgam cidadania e respeito de um para com o outro.

São louváveis reformas nesse sentido, inseridas nos últimos anos no Brasil, pelo Ministério da Justiça, que acabou por criar uma Secretaria da Reforma do Judiciário, que tem como uma das ações preponderantes a capacitação de magistrados para meios de resolução pacífica de conflitos. Entre esses, incentiva-se a mediação, até porque, "para que a mediação pos-

sa preencher toda a sua função social, importa que a autoridade pública participe directamente no desenvolvimento da sua institucionalização".[4] Urge, no sistema judiciário do país, uma revolução democrática da justiça (Boaventura), a fim de se fazer atender as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos/efetivados os direitos e as garantias consignados pelo legislador Constitucional. Tal revolução passa necessariamente por um novo modo-de-ser dos juízes.

Dessa forma, em que pese a "suposta" distinção entre as posturas procedimentalistas e substancialistas, o instituto da mediação representa, por seus ideais, a prova de que não há como separar o procedimento da substância. Há, sim, uma diferença ontológica (Heidegger) entre ambos, mas um não pode ser visto sem o outro. A mediação estabelece a emancipação dos atores, que passam de coadjuvantes em um processo judicial tradicional (que, via de regra, separa as partes em autor e réu, pressupondo um ganhador e um perdedor), para personagens principais no processo de mediação (Warat; Boaventura; Muller), e isso implica outorga de cidadania e dignidade, aliás, princípios fundamentais em nossa Constituição, como se verifica já no artigo primeiro dessa Carta.

De qualquer sorte, somente após a tabulação dos resultados das experiências (faticidade) recém-inseridas no país (tanto vinculadas a tribunais, quanto iniciativas individuais e institucionais outras) será possível melhor avaliar o sistema da mediação, mesmo porque o saber humano se desenvolve em função da experiência vivida (Ingenieros). Todavia, ressaltam-se esses sistemas tão somente a título de exemplo de reforma judiciária, porquanto o recorte epistemológico pretendido coloca o juiz (que deve estar atento a práticas de resolução pacífica de conflitos) como o cerne do debate sobre a efetividade da jurisdição.

Dessa maneira, o papel do intérprete é de suma importância, pois este, se assumir suas responsabilidades e adequar sua decisão ao texto constitucional, apresentará uma resposta correta ao conflito posto à sua disposição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficacial (Streck), pois o juiz deve tomar as rédeas de qualquer situação, afinal é ele quem tem a responsabilidade (Hommerding) conferida pelo Estado para fundamentar-compreender-aplicar o direito.

---

[4] MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência:** percurso filosófico. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 174.

Todavia, se o intérprete esconder-se atrás de procedimentalismos, sem se preocupar com o conteúdo da causa e a dignidade das pessoas litigantes, acabará por render-se à mediocracia (que insiste em predominar, re-afirmando ideais positivistas), tornando-se medíocre no exercício de sua função. E um medíocre, quando é juiz, "ainda que compreenda que seu dever é fazer justiça, submete-se à rotina e cumpre o triste ofício de jamais a efetivar, dificultando-a muitas vezes".[5] A substituição da mediocridade pelo comprometimento – fundado em uma postura idealista (Ingenieros), angustiada (Heidegger) – com uma justiça mais efetiva, que produza boas respostas, evitando decisionismos (Streck), é o desafio que está posto aos juízes e demais operadores do Direito a partir do novo paradigma instaurado com o Estado Democrático de Direito.

[5] INGENIEROS, José. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, C. L. S; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ANDRADE, Cristiano José. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: RT, 1991.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 642-646.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao Estado do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____; GARTH, Bryant. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de Mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual**. v. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 259.

CRUZ, Álvaro R. S. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, 1996.

DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 372.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia** – O guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. Acesso à Justiça no Brasil. **Revista do Curso de Direito da UNIVALE – Universidade do Vale do Rio Doce**, Governador Valadares, UNIVALE, n. 1, jan./jun. 1998.

HAARSCHER, Gui. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Inst. Piaget, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. v. I. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**: crítica de la razón funcionalista. v. II. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, 1999.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

_____. **Ser e Tempo**. Parte II. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo **versus** substancialismo". **Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito – MESTRADO da URI – Campus santo Ângelo**, Santo Ângelo, EdiUri, n. 1, p. 11-37, dez. 2006.

_____. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

INGENIEROS, José. **As Forças Morais**. Tradução de Terumi Koto Bonnet Villalba. Curitiba: Editora do Chain, 2004.

_____. **O Homem Medíocre**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOZICKI, Kátya. Herbert Lionel Adolphus Hart. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 409.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Jürgen. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo Habermas: UNISINOS, 2006. p. 403-408.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Processo**. Barcelona: Livraria Bosch, 1979. p. 208.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito & Legitimidade.** Tradução em Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Apresenta informações sobre a reforma do judiciário. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F-2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO, Claudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e o acesso à justiça: uma questão recorrente. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos** – (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 61-76.

_____. **Mediação e arbitragem**: Alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio da não-violência**: percurso filosófico**.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OST, François. **Contar a lei:** as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. Novas Perspectivas da Teoria do Direito. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, UNISINOS, v. 33, n. 88, p. 11, mai./ago. 2000.

_____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios (2001-2005). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Norma. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 598.

SICHES, Luis Recaséns. **Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa Y Lógica Razonable.** s. 1., s.c.p., 1971.

SILVA FILHO, J. C. M. **Hermenêutica Filosófica e Direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Conflito, jurisdição e Direitos Humanos**: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 209-240.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

_____. **Mundo Vivido** – Das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Pensar é Pensar a Diferença**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou Barbárie**: a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_02.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2008.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Hermenêutica Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 430-434.

_____. Interpretar e Concretizar: em Busca da Superação da Discricionariedade do Positivismo Jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, Raquel (Org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito** – em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: UNIJUÍ, 2006. p. 327-398.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade** & **Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARGA, M. I. C. C. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: A mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998.

_____. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. v. II. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZIMERMAN, David. A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional – A Crise do Magistrado. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, A. C. M. (Org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 135-146.