

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

JÚLIO CÉSAR MAGGIO STÜRMER

**PROCESSO DEMOCRÁTICO:
UMA ANÁLISE DO PROCESSO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA
RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS A PARTIR DA
CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

**São Leopoldo
2017**

Júlio César Maggio Stürmer

Processo Democrático:

Uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público, pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2017

S936p Stürmer, Júlio César Maggio
Processo democrático: uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito / Júlio César Maggio Stürmer -- 2017.
250 f. : 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.
Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.
1. Direito. 2. Processo democrático. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Direito - Filosofia. 5. Direito processual - Filosofia. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**PROCESSO DEMOCRÁTICO: uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito**”, elaborada pelo doutorando **Júlio César Maggio Stürmer**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 13 de dezembro de 2017.

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Eduardo José da Fonseca Costa

Membro: Dr. Francisco José Borges Motta

Membro: Dr. Adalberto Narciso Hommerding

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



AGRADECIMENTOS

Todas as conquistas são frutos de muito trabalho. A conclusão do curso de Doutorado e a elaboração desta Tese contaram com a contribuição de muitas pessoas. Sem dúvida, alguns desses parceiros de jornada merecem um agradecimento especial.

À minha família (Arlindo, Erody, Patrícia, Mauro, Klimt...), pelo amor, incentivo e compreensão durante todo este período de viagens e ausências.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, personagem fundamental desta caminhada, pelos ensinamentos e amizade.

Ao Professor Dr. Adalberto Narciso Hommerding, pelo estímulo e diálogo constante.

Ao Cláudio Rogério Lira, parceiro de mais de 30.000 km de viagens, angústias e conquistas.

À Clarissa Tassinari, pela amizade e inestimável contribuição na construção desta Tese.

Aos amigos da Unisinos, que, de uma forma ou outra, tornaram essa caminhada muito mais prazerosa.

Ao Ministério Público do Rio Grande do Sul, Associação do Ministério Público e Escola Superior do Ministério Público, pelo apoio e incentivo.

Aos colegas Promotores e servidores da Promotoria de Justiça de Santo Ângelo, que sempre ajudaram e garantiram a regularidade dos trabalhos diante de minha ausência eventual.

A todos que ajudaram nesta empreitada, sinceramente obrigado.

RESUMO

O presente trabalho pretende, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, que tem por base uma visão hermenêutico-filosófica do Direito, estudar o processo, estabelecendo uma nova concepção teórica e prática. Para tanto, foi investigado como o processo é compreendido e manejado no Direito brasileiro, em especial no tocante às suas eventuais amarras ao direito privado (instrumento) e ao trato regionalizado (divisão por ramos), confrontando esses elementos com a ideia de unidade ou núcleo fundamental existente no processo. Essa unidade fundamental, cujo conteúdo é atravessado por elementos paradigmáticos, é apresentada como o ponto a partir do qual se deve pensar o processo. Assim, sob aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer, procura-se demonstrar que a compreensão é um fenômeno que ocorre de forma única, partindo da pré-compreensão do intérprete, que é povoada por pré-conceitos, alguns legítimos (devem ser considerados), outros não. Fazendo a conexão entre Filosofia e Direito, sustenta-se que é preciso atribuir um sentido adequado ao processo, como *processo democrático*. Trata-se de uma concepção de processo que respeita os paradigmas entregues pela tradição (jurídica e filosófica). São eles que *darão o mundo* inserido no qual o intérprete deve compreender adequadamente o processo (direitos, garantias etc.) para a obtenção de repostas (decisões/interpretações) adequadas, na linha defendida por Lenio Streck. Aliado a essa nova visão teórica, tem-se o aspecto prático daí decorrente, em relação ao qual se entende que é necessária a existência de critérios ou de filtros que orientem o intérprete em sua atividade, permitindo que, em sua reflexão, ao “se dar conta de seus pré-juízos”, possa avaliá-los como legítimos ou ilegítimos. Da mesma forma, tais critérios/filtros irão permitir que, além do decisor, os demais membros da comunidade jurídica – partes e doutrina, por exemplo – possam avaliar a adequação da decisão, viabilizando o “constrangimento” (Streck) em busca da resposta adequada. Defende-se, assim, que: a) o *processo democrático* deve ser considerado como elemento da pré-compreensão e, portanto, condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão; b) o processo jurisdicional (seja civil, penal, trabalhista etc.) possui uma unidade – ou núcleo fundamental –, pensada a partir dos paradigmas entregues pela tradição e que dão sentido ao que se nomina de *processo democrático*. Portanto, considerando o lugar de fala desta tese (paradigmático, como já exposto), a ideia de *processo democrático* deve atravessar, com todo seu conteúdo, qualquer perspectiva disciplinar de processo, informando, também, o intérprete/aplicador do direito; c) O *processo democrático*, cujo conteúdo paradigmático é uniforme em todas as áreas do Direito, é um pré-conceito legítimo que deve ser considerado

pelo intérprete para que se obtenha uma resposta constitucionalmente adequada. Caso o intérprete não se dê conta desse pré-conceito, ou não o aceite, decidindo sem considerá-lo, a resposta judicial será marcada pela arbitrariedade; d) É necessária a existência de critérios ou de filtros que orientem o intérprete em sua atividade, permitindo que, em sua reflexão, ao “se dar conta de seus pré-juízos”, possa avaliá-los como legítimos ou ilegítimos, contribuindo para a interpretação/resposta adequada.

Palavras-chave: Processo democrático. Unidade do processo. Núcleo fundamental. Paradigmas. Pré-compreensão. Resposta correta.

ABSTRACT

From Lenio Streck's Hermeneutical Critique of Law and its hermeneutical-philosophical reading of Law, the present study seeks to study the legal process, establishing new theoretical and practical conceptions. In order to do that, this work investigates how the legal process actually works in the Brazilian legal system, especially regarding its possible bindings to private law (instrumental) and its separation into branches, confronting these elements to an idea of unity and fundamental core to legal procedures. This fundamental unity and its content crossed by paradigmatic elements is presented as the starting point from which the legal process must be thought. This way, under philosophical insights from Heidegger and Gadamer, this study aims to show that the process of understanding is a phenomenon that happens in a unique way, starting from the interpreter's pre-understanding and its pre-judgments (some of them are legitimate and should be considered, while others should not. Connecting Philosophy and Law, this work seeks to establish an adequate conception of legal process as a *democratic process*, a conception that respects the paradigms that come from the legal and philosophical tradition. These are the paradigms that will support the world in which the interpreter shall adequately understand the process (its rights, guarantees, *etc.*) in order to reach adequate interpretations and decisions. From this new theoretical conception, the consequent practical aspect is the need for criteria and filters that guide the interpreters and their activity, allowing them to understand their own pre-conceptions and therefore evaluate them as legitimate or illegitimate. In the same way, such criteria/filters allow not only the judge, but all the legal community – the parties and legal scholars, for instance – to evaluate if a sentence is adequate, making it possible for a public “constraint” (Streck) in search of an adequate decision. This study defends that: a) the *democratic process* should be considered an element of the pre-understanding step, and therefore condition of possibility of every understanding; b) the legal process has a unity – or fundamental core – established by the paradigms of tradition that give significance to the conception of a democratic process. Therefore, considering the paradigmatic role of this thesis, the idea of a *democratic process* shall be present with all of its content in any legal process approach by the Law interpreter. c) The *democratic process*, and its paradigmatic content that is uniform to all legal areas, is a legitimate pre-conception and must be considered by the interpreter in order to obtain a decision according to the Constitution. If the judge/interpreter does not consider such pre-conception, or does not accept it, deciding a case without considering it, arbitrariness will taint the legal decision. d) It is necessary to establish criteria and filters that guide the legal

interpreters in their activity, allowing them to understand their own pre-conceptions and therefore evaluate them as legitimate or illegitimate, contributing to an adequate interpretation and one right answer in the legal decision.

Keywords: Democratic process. Legal process unity. Fundamental core. Paradigms. Pre-understanding. One right answer.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TRADIÇÃO, LINGUAGEM E INTERSUBJETIVIDADE	19
2.1 O QUE A TRADIÇÃO ENTREGOU NO ÚLTIMO SÉCULO?.....	19
2.1.1 A Tradição - e a História - em Gadamer	20
2.1.2 A Superação da Linguagem Privada pela Linguagem Pública na Filosofia	27
2.1.2.1 A Linguagem em <i>Platão</i> : o Crátilo	28
2.1.2.2 A Linguagem em <i>Aristóteles</i>	32
2.1.2.3 A Linguagem em <i>Wittgenstein</i>	36
2.1.2.4 A Linguagem em <i>Heidegger</i>	43
2.1.2.5 Linguagem em <i>Gadamer</i>	50
2.1.2.6 A Virada Linguística	57
2.1.3 A Superação das Metafísicas Objetivista Clássica e Subjetivista Moderna pela Linguagem/Intersubjetividade na Interpretação do Direito	61
2.1.3.1 O Paradigma Filosófico Clássico (Objetivista): o homem assujeitado pela coisa	62
2.1.3.1.1 <i>A Escola da Exegese</i>	63
2.1.3.1.2 <i>A Escola da Jurisprudência dos Conceitos</i>	66
2.1.3.2 O Paradigma Filosófico Moderno (Subjetivista – Filosofia da Consciência): a coisa assujeitada pelo homem.....	68
2.1.3.2.1 <i>A Escola da Jurisprudência dos Interesses</i>	69
2.1.3.2.2 <i>A Escola da Jurisprudência dos Valores</i>	70
2.1.3.2.3 <i>A Subjetividade em Kelsen, Habermas e Alexy</i>	72
2.1.3.2.4 <i>A Intersubjetividade na Descoberta do Sentido</i>	78
2.2 CONCLUSÃO PARCIAL.....	80
3 ESTADO, DIREITO E PROCESSO	83
3.1 O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	83
3.1.1 O Que é Isto – a Democracia?	90
3.1.2 Democracia e Constituição: a abordagem de J.J. Gomes Canotilho sobre o Estado Constitucional	93
3.2 QUAL PROCESSO FOI ENTREGUE PELA TRADIÇÃO?.....	95
3.2.1 A Unidade Fundamental do Processo: para além das discussões sobre a possibilidade de uma teoria geral do processo	96

3.3 O QUE É O PROCESSO? EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO PRIVADA PARA A JURISDIÇÃO PÚBLICA	101
3.3.1 Escolas	102
3.3.1.1 Escolas Privativistas	102
3.3.1.2 Escolas Científicas Públicas	105
3.4 A TRADIÇÃO E OS PROCESSOS CIVIL E PENAL	110
3.4.1 O Processo e a Evolução do Estado	110
3.4.2 O Que a Tradição Entregou ao Processo Civil?	111
3.4.2.1 O Período Pré-Liberal.....	111
3.4.2.2 O Liberalismo Processual.....	112
3.4.2.3 A Socialização do Processo.....	113
3.4.2.4 O Neoliberalismo Processual	116
3.4.3 O Que a Tradição entregou ao Processo Penal? a evolução dos sistemas processuais	117
3.4.3.1 O Sistema Inquisitivo	118
3.4.3.2 O Sistema Acusatório	119
3.4.3.3 O Sistema Misto ou Inquisitivo Garantista	122
3.5 A GRANDE ENTREGA: O PROCESSO DEMOCRÁTICO	124
3.5.1 O Que é Isto - o Processo Democrático? o processo democrático como legitimador da jurisdição	125
3.5.2 Uma Advertência: o processo democrático como garantia para as “partes”	129
3.6 CONCLUSÃO PARCIAL.....	133
4 A REVELAÇÃO DO LEGADO NÃO RECEBIDO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO PONTO DE PARTIDA PARA PENSAR O NOVO.....	135
4.1 A “ENTREGA” FOI DEVIDAMENTE RECEBIDA?	135
4.2 O CAMINHO ESCOLHIDO PARA A REFLEXÃO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	136
4.2.1 A Crítica Hermenêutica do Direito.....	138
4.2.2 A Busca da Resposta Correta.....	140
4.2.3 Teoremas Fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito.....	142
4.2.3.1 A Diferença Ontológica entre Texto e Norma	142
4.2.3.2 O Círculo Hermenêutico	145
4.2.3.3 A Pré-Compreensão	146
4.2.3.4 A Funcionalidade do Círculo Hermenêutico (pré-compreensão e fusão de horizontes)...	150
4.3 A REALIDADE DO PROCESSO BRASILEIRO: EXEMPLOS PARADIGMÁTICOS	154

4.3.1 O Julgamento do Habeas Corpus 126.292: a presunção de inocência e a prisão decorrente de decisão condenatória sem trânsito em julgado	155
4.3.2 A Perda de Mandato por Parlamentar Condenado Criminalmente (Caso Donadon)	161
4.3.3 O Princípio da Não Surpresa e a Unidade Processual.....	164
4.4 A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA.....	167
4.4.1 O Estado da Arte do Processo Civil Brasileiro.....	168
4.4.1.1 As Inovações no Código de Processo Civil de 2015.....	168
4.4.1.2 Livre Convencimento	169
4.4.1.3 Coerência e Integridade.....	172
4.4.1.4 Precedentes.....	176
4.4.2 O Estado da Arte do Processo Penal Brasileiro	180
4.5 CONCLUSÃO PARCIAL.....	184
5 O “OVO DA SERPENTE” E O “NOVO” PROCESSO COMO EXISTENCIAL.....	187
5.1 O “OVO DE SERPENTE” DENUNCIADO POR LENIO STRECK: O NÃO RECEBIMENTO DA SUPERAÇÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E A PREVALÊNCIA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA	187
5.1.1 As Posturas Objetivistas e o Homem Assujeitado pelo Objeto: o aprisionamento do sentido.....	187
5.1.2 As Posturas Subjetivistas e o Homem Assujeitando o Objeto: o assenhoramento do sentido pelo intérprete.....	190
5.1.2.1 O Ativismo Judicial na Visão de Lenio Streck	193
5.1.2.2 O Ativismo e a Proibição de Interpretar	203
5.1.2.3 As Metanormas como Álibi Teórico	206
5.2 A NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO: PROPOSTA DE UM NOVO CAMINHO DO PENSAMENTO.....	211
5.2.1 O Processo Democrático como Elemento da Compreensão.....	212
5.2.1.1 Filtro Filosófico: uma nova forma de construção do sentido	217
5.2.1.2 Filtro Constitucional: a democracia constitucional como elemento da compreensão	221
5.2.1.3 Filtro de Teoria do Direito: o processo como direito subjetivo público objeto de uma teoria do direito (e não política).....	225
5.3 CONCLUSÃO PARCIAL.....	229
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	232
REFERÊNCIAS.....	237

1 INTRODUÇÃO

Como trabalho científico, imperativo apresentar uma *crítica* e uma *proposta*, ou um problema e uma contribuição. É com base nesse binômio que se pretende desenvolver a presente pesquisa sobre a situação do processo no Direito brasileiro. Pretende-se, em linhas gerais, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, que tem por base uma visão hermenêutico-filosófica do Direito, investigar se o processo é compreendido e adequadamente manejado no Direito brasileiro. Esta investigação permitirá confirmar – ou não – a existência de um *problema* que atinge o processo (e sua teoria) no Brasil e, em um segundo momento, viabilizará a proposta de uma *contribuição* para superá-lo.

De início, deve-se registrar uma importante advertência. As críticas apresentadas ao modo como o processo é tratado atualmente no cenário nacional, em momento algum, devem ser consideradas como um ataque ao processo. Não se entende, como alguns, que o “problema é o processo”.¹ Pelo contrário, acredita-se que o processo é de fundamental importância para a sociedade e para o Direito. Eventuais críticas lançadas referem-se ao modo como o processo é pensado pela doutrina e pela jurisprudência, que pode, sim, implicar a perda de credibilidade de tão importante garantia da cidadania. Assim, o que se pretende é, a partir da visão hermenêutico-filosófica que sustenta a Crítica Hermenêutica do Direito (eis o *lugar de fala* da presente reflexão), mostrar que o processo é muito mais do que é atualmente considerado por muitos. Entende-se que, com isso, se prestigia o processo como garantia e elemento fundamental da atividade do intérprete.

Pois bem. Tradicionalmente, o processo é considerado o meio através do qual o Estado exerce a jurisdição, como um instrumento a serviço do Estado. É conceituado como um meio de administração de conflitos ou como técnica coercitiva. Assim, o Estado-juiz dele se utiliza e manobra de acordo com sua vontade.

Nessa linha, como se demonstrará, várias teorias procuram conceituar ou definir a natureza do processo. A maioria delas ainda está presa às amarras do direito privado, sem qualquer preocupação com a evolução de paradigmas, como o fenômeno constitucional e a inauguração do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, mesmo nesta quadra da história, doutrinadores, legisladores e julgadores não conseguiram receber o novo (Streck),

¹ MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. **Estadão**, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 30 mar. 2017. STRECK, Lenio. “O problema é o processo”, Dr. Moro? até Reinaldo Azevedo sabe que não! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>>. Acesso em: 24 set. 2017.

pensando o processo desconectado da Constituição Federal e de todas as transformações que acompanham o projeto constitucional.²

Da mesma forma, o processo tradicionalmente é visto de forma regionalizada,³ ou seja, um processo para cada ramo de direito material. Embora não se desconheça que cada ramo possui suas especificidades decorrentes do direito de fundo,⁴ o fato é que o processo jurisdicional, seja civil, penal, trabalhista etc., possui uma unidade ou um núcleo fundamental. E é esse núcleo, cujo conteúdo é atravessado por elementos paradigmáticos, o ponto a partir do qual se deve pensar o processo.

A filosofia muito contribui para essa percepção da unidade fundamental do processo. Os aportes filosóficos que serão analisados, em especial Heidegger e Gadamer, demonstram que a compreensão é um fenômeno que ocorre de forma única. Como abertura do *Dasein*, a compreensão ocorrerá da mesma forma, independente do ente questionado. Não há como regionalizar a compreensão, a qual se dará da mesma forma no meio artístico, no meio científico, no meio jurídico, e em outros. Ainda, em cada meio, a compreensão também não pode ser regionalizada. Ela parte da mesma pré-compreensão.

Nesse caminho, para chegar até a compreensão, o intérprete parte de sua pré-compreensão, povoada por pré-conceitos, alguns legítimos (devem ser considerados), outros não. A pré-compreensão é condição de possibilidade para a compreensão. Assim, nesta tese, fazendo a conexão entre Filosofia e Direito, sustenta-se que, no meio jurídico, é preciso atribuir um sentido adequado ao processo. A teoria do direito não pode se contentar com a construção de qualquer sentido ao processo, mas buscar uma compreensão que reflita aquilo que foi entregue pela “tradição”, que atenda a paradigmas legítimos. O processo, na nomenclatura que se propõe,

² Não basta considerar o texto constitucional. Deve-se considerá-lo a partir das transformações paradigmáticas ocorridas, seja no âmbito filosófico ou na teoria do direito (com todos os desdobramentos que possam ser feitos a partir do modo de pensar o fenômeno jurídico no pós-Constituição de 88).

³ Para evitar mal-entendidos, registre-se que, para fins deste trabalho, a expressão “regionalização” contrapõe-se à ideia de que o processo possui uma unidade fundamental compatível com todos os ramos do processo, não podendo ser tratado de forma diferente em cada um deles; existe um núcleo fundamental (construído em um plano paradigmático) que atravessa o processo, independente da matéria que esteja regulando. Portanto, “regionalização” deve ser entendida como compartimentação, divisão em áreas, correspondendo ao fenômeno em que o processo é tratado pela doutrina tradicional de forma diferente (como se existissem vários processos), dependendo do direito material tratado. Por exemplo, existiria o “processo” do processo civil, o “processo” do processo penal, e muitos outros. É claro que cada uma das disciplinas jurídicas possuirá, sob uma perspectiva disciplinar, diferenças; esta tese não desconsidera este fato. Contudo, lança luzes na tentativa de construir uma unidade para a concepção de processo na democracia.

⁴ Importante registrar, de início, que não se nega que cada ramo processual possua as suas peculiaridades decorrentes do direito material. Até se poderia afirmar que existe uma necessária “regionalização” decorrente do direito material. Por evidente, não é essa regionalização que se critica, mas aquela que nega a própria unidade fundamental dos ramos processuais, como esclarecido na nota anterior. Assim, se, de um lado, a tese não nega a ausência de elementos comuns entre os diferentes processos que decorrem das mais distintas matérias; por outro, afirma a existência de uma unidade (fundamental), que opera em um nível paradigmático.

deve ser *processo democrático*.

As transformações paradigmáticas que devem guiar o intérprete podem ser consideradas a partir de diferentes espectros. Na presente pesquisa, elas serão analisadas a partir dos espectros *filosóficos*, quando deve ser investigada a concepção de linguagem que contemporaneamente se apresenta ao intérprete e quais os seus efeitos para a interpretação; *constitucional (democrático)*, com a consideração da limitação e da legitimação da atividade interpretativa a partir da Constituição; e *de teoria do direito*, quando deve ser esclarecido o lugar do processo em uma teoria do direito e a admissão – ou não – de influências externas. Em síntese, a primeira grande tarefa implicará descobrir o que, em cada espectro, a tradição legou ao intérprete e que deve ser observado no processo. É esse legado da tradição que constituirá a unidade do *processo democrático de Direito*.

Portanto, a partir do lugar de fala da presente pesquisa, conclui-se que o intérprete possui a obrigação de respeitar a condição de possibilidade definida como *processo democrático*, pressuposto para todas as áreas, sendo que somente assim será viabilizada a resposta (decisão/interpretação) adequada, na linha defendida por Lenio Streck em sua Crítica Hermenêutica do Direito.

O pensamento dogmático, que considera o processo com mero instrumento à disposição do intérprete, ou como mero acessório do direito material, é extremamente limitado e carente de filosofia (como vetor de racionalidade), a qual está na base de todo o conhecimento e tanto contribuiu para a evolução do campo jurídico nas últimas décadas.

Diante disso, o problema a ser enfrentado refere-se à forma como o processo é tratado pela maioria da doutrina e na jurisprudência brasileiras, que propicia o argumento em favor da discricionariedade interpretativa, desconsiderando os paradigmas que deveriam orientar a visão do processo, considerando modelos ultrapassados. Pretende-se, portanto, responder à seguinte questão: por que a maioria dos processualistas brasileiros ainda trata o processo como mero instrumento à disposição do julgador? Ainda: quais os riscos dessa equivocada compreensão?

Entende-se que a regionalização da interpretação jurídica (em torno da construção do sentido de processo na democracia e de seu reflexo na prática judiciária), bem como a arbitrariedade na atribuição de sentido, decorrem em grande parte da ausência da percepção do trânsito paradigmático ocorrido na filosofia. Este impõe uma visão unitária do processo e estabelece – através de seus paradigmas – os necessários limites à atividade do intérprete na atribuição de sentido – e na decisão. O intérprete possui compromisso com os modelos herdados da história compartilhada. Não se admite que se extraia o sentido a partir de visões subjetivas, que, por sua vez, somente se justificam a partir de paradigmas ultrapassados.

Mas quais paradigmas são esses? Quais modelos restaram superados e quais foram entregues pela tradição? Qual o sentido de processo a ser construído no direito contemporâneo? Enfim, em que consiste o *processo democrático*? Essas são as primeiras questões a serem respondidas.

Assim, a presente reflexão objetiva investigar o problema apresentado, determinando a sua causa, e identificando quais os paradigmas que deveriam orientar a interpretação, propondo, portanto, uma nova visão sobre o processo, entendido como *processo democrático*, bem como *filtros* que podem servir ao intérprete/decisor e àqueles que pretendem verificar a adequação da interpretação/decisão ao conceito de *processo democrático*.

Com um recorte filosófico, o ponto de partida do presente trabalho será a apresentação de diversas entregas efetuadas pela “tradição” em caráter geral. São esses paradigmas que devem orientar a compreensão nas mais variadas áreas do conhecimento. Além de destacar a importância do aspecto histórico na filosofia gadameriana (história efetual, fusão de horizontes, dentre outros temas), será apresentada a superação da linguagem privada pela linguagem pública, a virada linguística, abordando diversos autores (Platão, Aristóteles, Wittgenstein, Heidegger e Gadamer). Ainda, no recorte da interpretação do Direito, serão apresentados os paradigmas filosófico clássico (objetivista) e filosófico moderno (subjativista – filosofia da consciência), conhecendo diversas escolas que lhes tiveram como base, culminando com a constatação da superação do paradigma do sujeito-objeto pela intersubjetividade.

Num segundo momento, dando ênfase inicial à Teoria do Estado, serão estudados os paradigmas que a “tradição” entregou em decorrência da caracterização de modelos de Estado, em especial, do advento do Estado Democrático de Direito. Considerando tudo isso, serão analisados quais os paradigmas entregues que se referem especificamente ao processo, com a importante advertência – já registrada anteriormente – de que o processo é compreendido, nestas reflexões, a partir de pressupostos filosóficos (em especial, da hermenêutica filosófica). Ou seja, o processo é pensado em sua unidade (fundamental, paradigmática), que é substantiva (descartando-se a visão de processo como técnica, meio ou instrumento). Nessa trilha, será destacada, em termos de teoria constitucional, a evolução da concepção privada para uma concepção pública do processo. Após, serão apresentadas as principais entregas em relação ao processo civil e penal, demonstrando-se as fases históricas enfrentadas e superadas pelo processo até a atualidade do *processo democrático*.

Na sequência, após apresentar a teoria de base do presente trabalho, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito, será analisado se as “entregas” efetuadas pela tradição foram devidamente recebidas. Ou seja, será verificado se os paradigmas que deveriam orientar a

compreensão do processo na democracia são, de fato, considerados na atividade do intérprete. Nessa oportunidade, serão analisados diversos casos concretos objetivando fazer um enfrentamento com o que já foi abordado nos dois primeiros capítulos, que expõem as principais transformações paradigmáticas que afetam a construção do sentido do processo no Estado Democrático de Direito.

Por fim, será apresentado o que Lenio Streck considerada como o “ovo de serpente” (o problema fundamental), qual seja, a não superação do esquema sujeito-objeto. Para tanto, serão apresentadas críticas às posturas objetivista e subjetivista, bem como será tratada a questão do ativismo judicial e o papel das metanormas. Como fecho, será oferecida uma nova visão do processo entendido como *processo democrático*, bem como será proposta uma contribuição, consistente na definição de filtros, considerando os paradigmas legítimos herdados e entregues pela tradição e que servirão ao intérprete para investigar se, no caso concreto, o *processo* está sendo tratado como *democrático de direito*.

Portanto, através da presente pesquisa, pretende-se comprovar as seguintes hipóteses:

- a) partindo dos aportes filosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito, o *processo democrático* deve ser considerado como elemento da pré-compreensão e, portanto, condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão;
- b) o processo jurisdicional (seja civil, penal, trabalhista etc.) possui uma unidade – ou núcleo fundamental –, pensada a partir dos paradigmas entregues pela tradição e que dão sentido ao que se nomina de *processo democrático*. Portanto, considerando o lugar de fala desta tese (paradigmático, como já exposto), a ideia de *processo democrático* deve atravessar, com todo seu conteúdo, qualquer perspectiva disciplinar de processo, informando, também, o intérprete/aplicador do direito;
- c) faz-se necessário pensar o processo, em sua unidade fundamental, como condição de possibilidade para uma resposta adequada constitucionalmente. A adequada concepção de processo – com seu conteúdo paradigmático – deve ser considerada como um dos elementos da pré-compreensão do intérprete. Pré-compreensão essa que é condição de possibilidade para a compreensão;
- d) o *processo democrático*, cujo conteúdo paradigmático é uniforme em todas as áreas do Direito, é um pré-conceito legítimo que deve ser considerado pelo intérprete para que se obtenha uma resposta constitucionalmente adequada. Caso o intérprete não se dê conta deste pré-conceito, ou não o aceite, decidindo sem considerá-lo, a resposta judicial será marcada pela arbitrariedade;

- e) é necessária a existência de critérios ou de filtros que orientem o intérprete em sua atividade, permitindo que, em sua reflexão, ao “se dar conta de seus pré-juízos”, possa avaliá-los como legítimos ou ilegítimos, contribuindo para a interpretação/resposta adequada. Da mesma forma, tais critérios/filtros irão permitir que, além do decisor, os demais membros da comunidade jurídica – partes e doutrina, por exemplo – possam avaliar a adequação da decisão, viabilizando o “constrangimento” (Streck) em busca da resposta adequada.

Uma adequada construção de sentido sobre o processo ocorre a partir dos paradigmas entregues pela tradição (jurídica e filosófica). São eles que *darão o mundo* inserido no qual o intérprete deve compreender adequadamente o processo (direitos, garantias etc.). O próprio texto constitucional deve ser compreendido a partir das transformações paradigmáticas ocorridas (na Filosofia, na Teoria do Direito), sob pena de uma incorreta aplicação do Direito.

Entende-se que a originalidade da tese está na conexão entre Filosofia e processo. Propõe-se a ideia de unidade do processo – que supera a visão dogmática – e a identifica com a existência de um núcleo fundamental vinculado aos paradigmas de filosofia e de teoria do direito constitucional. Assim, trata-se de uma investigação do processo – em sua unidade – a partir de um novo lugar de fala, os pressupostos filosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito. O processo somente pode ser adequadamente pensado a partir de uma visão hermenêutico-filosófica, que considera o *processo democrático* – e não qualquer processo – como condição de possibilidade para uma adequada compreensão.

Deve-se registrar, como certamente já percebido diante do que até aqui foi exposto, que a presente investigação parte do “método” fenomenológico-hermenêutico, na linha desenvolvida por Martin Heidegger. Ainda, conjuga elementos da proposta de Hans-Georg Gadamer, recorrendo-se aos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

Na *filosofia hermenêutica* de Martin Heidegger a hermenêutica é pensada como condição prévia para o pensamento humano.

Heidegger volta-se para a questão do ser, que, sob sua perspectiva, foi abandonada e considerada supérflua durante a tradição filosófica pregressa,⁵ com a justificativa de que “‘ser’ é o conceito mais universal e vazio”, conclusão que é apresentada pelo autor alemão

⁵ É claro que na história da Filosofia a questão do ser aparece tematizada, desde a Filosofia grega. Contudo, a crítica de Heidegger vai no sentido de que toda tradição filosófica a ele anterior, embora acreditasse estar problematizando ser, estava, em verdade, problematizando o ente (o ser como ente). Heidegger faz uma crítica ao modo de filosofar herdado das metafísicas clássica e moderna, que escondiam o ser em um ente (Deus, forma ou essência, por exemplo) e não pensavam no acontecer da coisa mesma.

como equivocada. Afirma Heidegger que “com a questão diretriz sobre o sentido de ser, a investigação acha-se dentro da questão fundamental da filosofia em geral. O modo de tratar esta questão é fenomenológico.”⁶

A palavra “fenomenologia” exprime uma máxima que se pode formular na expressão: “para as coisas elas mesmas!”.⁷ Heidegger destaca a relação entre fenomenologia e ontologia:

A fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. Ontologia só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico do fenômeno propõe, como o que se mostra, o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. [...]⁸

Após, Heidegger conclui ensinando que “em seu conteúdo, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia”.⁹ Mas como compreender fenomenologia em sua relação com a hermenêutica?

Heidegger ensina que a presença (o ser-aí ou *Dasein*)¹⁰ busca o sentido do ser e “da própria investigação resulta que o sentido metodológico da descrição fenomenológica é interpretação”. Salienta que “a hermenêutica da presença torna-se também uma ‘hermenêutica’ no sentido de elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica”.¹¹

Em *Ser e Tempo*, Heidegger vai tratar da relação entre compreensão e interpretação. A compreensão é considerada um “existencial fundamental”; é o “modo de ser da presença [do ser-aí; do *Dasein*]”.¹² Compreender possui em si mesmo a estrutura existencial como “projeto”. Lembre-se que este projeto parte de uma posição prévia, da pré-compreensão. É o caráter circular da compreensão.

Essa relação entre o compreendido e o interpretado (retorno ou manifestação da compreensão), que foi revelada por Heidegger, é fundamental para a *hermenêutica filosófica* gadameriana, que possui nisso a base de um de seus elementos fundamentais, o círculo hermenêutico.

⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 37.

⁷ Ibid., p. 66.

⁸ Ibid., p. 75.

⁹ Ibid., p. 77.

¹⁰ O *Dasein* é tratado em muitos sentidos, mas, por enquanto, basta apresentá-lo como um ente compreensivo, um ente que “é”, questionando-se sobre o sentido do “ser”.

¹¹ Ibid., p. 77.

¹² Ibid., p. 204.

O filósofo gaúcho Ernildo Stein ensina que, em Heidegger, a fenomenologia trabalha com o conhecimento filosófico e preocupa-se com o conhecimento, mas com a ideia de que o conhecimento absoluto ou definitivo seria inacessível. É a fenomenologia como “ciência procurada”¹³, sem preocupação com uma resposta definitiva, conforme definido inicialmente por Aristóteles (antes de apresentar o *motor imóvel* que reconduziu seu trabalho à metafísica clássica).

Gadamer, por sua vez, destaca a importância da reflexão de Heidegger quanto à necessidade de proteger a interpretação de intervenções ilegítimas, evitando desvios, e voltar seus olhos para “as coisas mesmas”.¹⁴ Sem dúvida, é nessa linha que se encontra a grande arma contra os relativismos e as arbitrariedades interpretativas, uma das principais frentes da Crítica Hermenêutica do Direito.

Assim, para finalizar, é importante destacar que os pensamentos de Heidegger e Gadamer fundem-se e constituem a base da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), permitindo a conclusão de que o sentido atribuído aos fenômenos jurídicos não depende – ou não pode depender – do desejo do jurista/intérprete. Por tudo isso é que se justifica uma leitura do processo a partir desses pressupostos filosóficos: para que se tire o foco de discussões que ocorrem em um nível técnico-disciplinar e se lancem luzes para um núcleo de sentido mínimo, paradigmático, substancial e fundamental, que atravessa a construção da adequada compreensão de processo: o *processo democrático*.

¹³ STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 40-41.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 354-360.

2 TRADIÇÃO, LINGUAGEM E INTERSUBJETIVIDADE

Quais os paradigmas e os elementos que a tradição entregou ao mundo atual? Essa é a principal pergunta a ser respondida no presente capítulo. Como apresentado na introdução e será oportunamente aprofundado, para a Crítica Hermenêutica do Direito, partindo de Gadamer, os elementos compulsoriamente legados pela tradição limitam a compreensão e auxiliam na construção dos caminhos para a resposta adequada. Os elementos legados (da tradição) povoam a pré-compreensão do intérprete (*lato sensu*) e orientam sua compreensão. São eles condição de possibilidade para uma compreensão adequada do processo (como *processo democrático*), o que, por sua vez, conduz à ideia de resposta adequada no Direito.

Para os fins do presente trabalho, dentro desse legado imenso que foi entregue pela tradição histórica, algumas entregas devem ser destacadas. São elas que servirão de conteúdo para a reflexão que se propõe. Sem considerá-las, não se pode falar em uma adequada compreensão do sentido de processo na democracia.

Por evidente, cada ponto ou autor a ser trabalhado neste capítulo possui o potencial de gerar incontáveis páginas escritas. Sem dúvida, muito ficará de fora. Por isso, necessário registrar que o recorte que alcança o presente capítulo refere-se a investigar como a atividade do intérprete teve – ou não – limitações impostas pela tradição ao longo da história, em especial no que se refere à atribuição de sentidos.

2.1 O QUE A TRADIÇÃO ENTREGOU NO ÚLTIMO SÉCULO?

O ponto de partida do presente trabalho está em verificar o que a *tradição* – conceito elementar em Gadamer e na Crítica Hermenêutica do Direito – entregou ao intérprete no último século, ou seja, qual o *legado* da tradição. Dentro desse legado, deve-se destacar, considerando os objetivos da presente pesquisa, a superação da linguagem privada pela pública, a superação das posturas objetivistas e subjetivistas na atividade interpretativa, a consagração da intersubjetividade, o advento do Estado Democrático de Direito e do *processo democrático* (estes, tratados no segundo capítulo). Essas conclusões iniciais permitirão verificar se o legado entregue foi devidamente recebido pelos intérpretes que trabalham com o processo, sejam juristas (doutrinadores) ou aplicadores em sentido estrito (Judiciário). Entretanto, deve-se deixar claro que estas entregas não se limitam ao campo processual, constituindo-se em elementos que orientam a compreensão nas mais variadas áreas do conhecimento.

Para começar a percorrer esse caminho, é de fundamental importância que se analise alguns elementos filosóficos, os quais permitirão alcançar a devida compreensão do problema. Esse caminho deve ser pavimentado com uma abordagem sobre a *tradição* e, num segundo momento, com um esclarecimento de como ela se revela, o que, adianta-se, ocorrerá através da *linguagem*, tema que se considera fundamental para o presente trabalho.

2.1.1 A Tradição - e a História - em Gadamer¹⁵

Um dos elementos mais caros para a hermenêutica filosófica gadameriana é a *tradição*. Trata-se do legado histórico compartilhado que povoa a mente do intérprete, ainda que ele, muitas vezes, sequer se dê conta disso. É essa tradição que vai orientar o agir do intérprete ao desvelar o sentido.

Já na introdução de seu célebre *Verdade e Método*, Gadamer destaca que sua obra possui por objeto o problema hermenêutico, o fenômeno da compreensão e como interpretar o compreendido (lembre-se: a interpretação é a explicitação da compreensão). É através dessa compreensão da *tradição* que se adquire discernimento e se chega à verdade.¹⁶ A tradição é, para Gadamer, o *objeto* da pré-compreensão.¹⁷

Portanto, para Gadamer a compreensão possui como elemento privilegiado a *tradição*. É ela o parâmetro que conduz à compreensão, permitindo, quando considerada adequadamente, afastar os elementos que viciam a busca pela verdade.

Para Gadamer, essa pretensão de verdade (que existe na compreensão) não está nos meios metodológicos da ciência. Mas como legitimar a pretensão de verdade filosoficamente?¹⁸ Gadamer vai buscar um conceito de conhecimento e verdade na experiência hermenêutica. Nas ciências do espírito, será a *tradição* histórica que se manifestará em sua verdade, indo além do que seria possível extrair pela investigação científica. Mas já aqui Gadamer adverte: “Ela não pode simplesmente ser classificada como verdadeira ou falsa, no sentido determinado pela crítica histórica; transmite sempre a verdade,

¹⁵ Desde já é importante fazer um esclarecimento ao leitor quanto à distribuição tópica do presente capítulo. É a partir de Gadamer que se apresenta a noção de *tradição*. Assim, Gadamer será tratado em um primeiro momento exclusivamente para analisar a tradição, elemento fundamental para o entendimento do capítulo. Após apresentada e fixada a ideia de tradição como legado histórico, a investigação fará uma retrospectiva histórica (a partir de Platão) para apurar o que foi legado pela tradição, em relação à linguagem – evolução da linguagem privada para pública –, sendo que em determinado momento voltará a Gadamer para tratar da linguagem.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 29.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014. p. 298.

¹⁸ GADAMER, op. cit., p. 31.

da qual devemos *tirar proveito*". O fenômeno hermenêutico constitui-se em uma experiência de verdade que deve ser justificada filosoficamente. Mas ela mesma é um filosofar.¹⁹

A compreensão e a interpretação são sempre aperfeiçoamentos de um acontecimento que já vem de longe²⁰, ensina Gadamer. Lembra que na reflexão não se deve receber os conceitos acriticamente, devendo observar o conteúdo de significado original. Esses conceitos legados pela tradição não são mais meras ferramentas. Essa conceitualidade "já sempre nos possui", da mesma forma que "nos vemos determinados pela linguagem".²¹

O "conteúdo significativo original" dos conceitos, que já se possui, ou melhor, que já possui o intérprete, muitas vezes encontra-se velado ou confuso, sendo imperativa a reflexão crítica para tirá-lo do velamento ou esclarecê-lo. Somente quando considerado em sua originalidade é que se pode falar em verdade.²² É preciso sempre uma "desleitura".²³

Observa-se muitas vezes, na interpretação, que a compreensão encontra-se viciada, pois elaborada com base em elementos não originários, deturpados pelas mais variadas razões, ou, ainda, conceitos analisados sem considerar a distância temporal e a necessária fusão de horizontes (passado e presente). Nessa situação, a atividade do intérprete (*lato sensu*) não logrará uma compreensão adequada, uma vez que os elementos que compõem a sua pré-compreensão, que são condição de possibilidade para uma compreensão adequada, serão incorretamente considerados.

Fica muito clara a importância do elemento histórico em Gadamer. É ele que viabilizará esse aprofundamento da compreensão, que é, em si, histórica. É nessa perspectiva que Gadamer apresenta um dos mais importantes elementos necessários para uma compreensão adequada, qual seja, a *história efetual*. Nela serão considerados os efeitos dos fenômenos históricos. Ou seja, como a história é recebida e influencia.

Será o questionamento da história efetual que servirá para esclarecer o "lusco-fusco" (Gadamer), muitas vezes surgido na análise da tradição, esclarecendo o seu real significado, o

¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013.p. 31.

²⁰ Nesse sentido, ensina Ernildo Stein: "[...] A pergunta que poderia surgir imediatamente é o que está por trás da relação entre leitura e o texto que nos vem do passado. Primeiramente, a leitura e a interpretação escrita resultam de um ator, em cuja história há já uma espécie de prolongamento de elementos psicológicos de avaliação e decisão. É isso que faz com que o texto que nos vem da tradição, com o qual estabelecemos uma relação de leitores e de críticos, seja sempre submetido a uma desleitura". STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 16.

²¹ GADAMER, op. cit., p. 31.

²² Lenio Streck bem exemplifica essa situação com a figura do *palimpsesto*, antigo pergaminho onde eram adicionadas camadas de escritas, uma sobre a outra. Removendo as camadas adicionadas restará, ao final, a escrita original do documento.

²³ Entretanto, adverte-se, esse conteúdo originário não se imporá ao intérprete; apenas viabilizará o verdadeiro diálogo entre os horizontes, como será melhor explicado oportunamente.

seu conteúdo original. Não se trata apenas de um questionamento ou investigação histórica, já apresentado por outros autores, mas de exigência de uma reflexão sobre a *consciência histórica*.²⁴ Uma reflexão sobre os efeitos dessa história e a influência deles na tradição.

Antônio Osuna Fernández-Largo conceitua com precisão a “história efetual”:

[...] Se quiere expresar con ello la idea de que la conciencia histórica, por encima de los fenómenos pasados y de sus huellas documentales, se dirige al efecto de los mismos en el devenir de la historia. Los hechos históricos se van sedimentando en el fondo de la historia y generan su sedimentación histórica que se capta por el intérprete. La hermenéutica no puede olvidar este aspecto constructivista de la historia y, al investigar un documento, no puede estar maniatado a lo que originariamente fue su primer significado, ni a la intención de su autor y lo decisivo es el influjo operado en el decurso de la historia. [...]²⁵

Gadamer adverte que não se trata de um questionamento paralelo ao da própria compreensão da obra (ou da tradição). A consciência histórica deve se dar conta de que está sempre em jogo esse outro questionamento sobre a história efetual, ainda que não percebido. O intérprete, ao compreender um fenômeno histórico, encontra-se sempre sob os efeitos da história efetual, que indicará o que é questionável e será objeto de investigação. Sempre que se toma o fenômeno como ele imediatamente se apresenta, sem contextualizarmos a partir da história efetual, perde-se muito do que ele é, perde-se a sua verdade.²⁶

Nessa linha, Gadamer não aceita a ideia de um mero conhecimento conceitual e verificável. O filósofo propõe o conceito histórico e dialético de *experiência*, não como percepção, mas como acontecimento, evento ou encontro. A experiência como produto do encontro da consciência com um objeto. A experiência é, antes de tudo, negação, ou seja, seu objeto não é como se havia pensado. É visto em nova luz.²⁷

A realização dialética ocorre na abertura à experiência. A experiência aqui se refere ao que se chama sabedoria. Ela não é algo puramente pessoal, mas faz parte da natureza histórica do homem. É a experiência da própria historicidade do homem. O homem, histórico, ganha

²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 397.

²⁵ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993. p. 57.

²⁶ GADAMER, op. cit., p. 397.

²⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 197-198.

com a experiência uma intuição do futuro.²⁸ Na escrita, é essa herança que interpela o leitor. Essa estrutura dialética de pergunta-resposta ocorre no diálogo verdadeiro.²⁹

Por essa razão, Gadamer critica o objetivismo histórico que não considera a história efetual em que se encontra a consciência histórica. Esse objetivismo histórico acaba por afastar todos os pré-conceitos, inclusive aqueles que não são arbitrários e que sustentam o compreender, negligenciando a verdade que se poderia alcançar.³⁰

Lembre-se que, para Gadamer, a verdade é revelada na tradição, na qual sempre se está inserido. Mas essa tradição será confrontada criticamente pelo intérprete, que afastará os pré-conceitos não verdadeiros.³¹ É na circularidade da compreensão (círculo hermenêutico), através da reflexão crítica, que os pré-juízos se revelarão como autênticos ou não.

Gadamer trata do risco de deformação do conhecimento quando se nega a história efetual, bem como sobre sua compulsoriedade:

[...] O que precisamos apenas aprender a conhecer-nos melhor e reconhecer que os efeitos da história efetual operam em toda compreensão, estejamos ou não conscientes disso. Quando se nega a história efetual na ingenuidade metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. [...] Mas, em seu conjunto, o poder da história efetual não depende de seu reconhecimento. Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive onde a fé no método quer negar a própria historicidade. Daí a urgência com que se impõe a necessidade de tornar consciente a história efetual: trata-se de uma exigência necessária à consciência científica. [...]³²

Para Gadamer, “a consciência da história efetual é em primeiro lugar a consciência da situação hermenêutica”. Não se está diante dela, mas *dentro* da situação, a qual se deve tentar

²⁸ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 198-199.

²⁹ *Ibid.*, p. 200.

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 398.

³¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 231-233.

³² GADAMER, op. cit., p. 398. Sobre o tema, Jean Grondin observa: “Essa introspecção no próprio condicionamento histórico-efetual encontra direta aplicação na controvérsia de Gadamer com o historicismo e a moderna consciência metódica. Isso porque o historicismo esperava poder escapar do condicionamento histórico, enquanto pudesse manter à distância a história que o determina. Segundo o historicismo, uma consciência histórica especificamente desenvolvida deveria ser capaz de emancipar-se desse condicionamento e possibilitar, dessa forma, uma fase objetiva da história. Gadamer argumenta contra isso, que o poder da história efetual independe precisamente de seu reconhecimento. O surgimento da consciência histórica, no século 19, não representava algo tão novo, que ela conseguisse neutralizar a eficácia subterrânea da história em toda e qualquer compreensão. A história continua atuante, mesmo onde nós ousamos sobrepor-nos a ela (e isso de tal modo, que até o historicismo não se deu conta de sua própria origem positivista). É ela que determina a retaguarda das nossas valorações, dos nossos conhecimentos e até dos nossos juízos críticos. ‘Por essa razão’, conclui Gadamer, ‘os preconceitos de cada um, muitos mais do que os seus juízos, são a realidade histórica de seu ser’”. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 191.

elucidar, o que nunca ocorrerá completamente. A situação hermenêutica frente à *tradição* que se deseja compreender através da reflexão da história efetual não ocorre completamente. Mas isso não é um defeito. Apenas demonstra que o homem é histórico.³³ E finito.

Nesse sentido, Richard Palmer salienta que a abertura da experiência questiona: será deste ou daquele modo? Já parte-se de uma negatividade: ao se admitir que não se sabe, busca-se uma resposta. Mas isso não é absoluto, pois existe sempre uma orientação, uma luz.³⁴ A interrogação é abertura, mas também fixa fronteiras. Essa fronteira do diálogo hermenêutico é a tradição, a herança.³⁵ Ela orienta a resposta que deve partir de seus elementos.

Com exatidão, Palmer conclui que cabe à hermenêutica retirar a palavra da alienação em que se encontra.³⁶ Não se deve se satisfazer com o que está explícito no texto. Deve-se colocá-lo no horizonte que o fez nascer. Esse horizonte no qual se situa o texto ou ato histórico é interrogado a partir do horizonte do intérprete.³⁷ É essa a *fusão de horizontes*. O horizonte do passado interrogado a partir do presente, do horizonte do intérprete.

Desenvolvendo as lições de Gadamer, ensina Grondin que o entendimento advém menos da atividade do sujeito finito e mais do trabalho da história. O passado e o presente estão em constante mediação, não para sair do presente, mas “para considerar o passado através da linguagem do presente”. É a fusão de horizontes, que também pode ser considerada entre o intérprete e aquilo que entende.³⁸ Entretanto, deve ficar claro que, com a fusão, não se pretende submeter o horizonte do passado ao presente. Assim como no diálogo, ganha-se com o horizonte do outro, resultando em novo entendimento.³⁹ E linguagem aqui significa muito mais do que o pronunciado, conforme ser verá a seguir.

Jean Grondin, profundo estudioso de Gadamer, afirma que o filósofo buscava a objetividade⁴⁰ nas ciências do espírito através da elaboração de uma consciência da história efetual. Por “história efetual” Grondin entende que se deve considerar “o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções”, destacando que as

³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 399.

³⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 201.

³⁵ Ibid., p. 202.

³⁶ Ibid., p. 202.

³⁷ Ibid., p. 203.

³⁸ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012. p. 73.

³⁹ FERNANDO-LAGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993. p. 56.

⁴⁰ É importante observar que quando se fala em *objetividade* da história efetual não se trata de uma objetividade como a criticada desde o positivismo exegético. A história efetual conduz a uma objetividade na medida em que, como fenômeno histórico que se apresenta independente da vontade do intérprete, constitui um limite à subjetividade.

obras comportam diferentes interpretações em tempos específicos. Para tanto, o intérprete deve “visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal”. Mas, para Gadamer, adverte Grondin, a consciência da história efetual possui um significado, algo muito mais fundamental, tratada inclusive como princípio do qual decorre quase toda a hermenêutica.⁴¹

A história efetual apresenta, em seu primeiro nível, a exigência de tomar consciência da situação hermenêutica para controlá-la. A história efetual não está à disposição. Encontra-se em toda a compreensão e constitui-se no horizonte, na “instância basilar” de todo o compreender. Grondin lembra que, para Gadamer, a história efetual é “mais ser do que consciência”.⁴² Está-se dentro da situação hermenêutica, mesmo que não se dê conta. Ela simplesmente existe, por isso é a base para objetividade que se busca. É assim que a compreensão se dá.

Deve-se considerar sempre o horizonte histórico através do qual fala a *tradição*, sob pena de mal-entendidos quanto ao seu conteúdo.⁴³ Antônio Osuna Fernández-Largo refere ao equívoco de se desconsiderar a distância temporal. Ainda, destaca que é através dela que se “reivindica” a tradição:

Por lo mismo, la fusión de horizontes designa la tarea de una interpretación hecha a lo largo del tiempo y que nunca está ultimada; algo así como el devenir de la misma interpretación. Pero es precisamente tal tarea lo que nos permite captar el equívoco introducido por el historicismo cuando pretendió someter al intérprete al horizonte propio del primitivo autor, o, cuando menos, de sus lectores originarios. [...] Es así como se suscita y reivindica para la globalidad de la comprensión el tema de la tradición [...].⁴⁴

Após trazer algumas observações sobre fusão de horizontes, Gadamer esclarece que, na verdade, trata-se de um único horizonte, que serve de caminho e está em constante movimento. É o horizonte móvel em que vive a vida humana.⁴⁵ Quando se compreende uma tradição, necessita-se de um horizonte histórico (entendido não como o deslocar para uma situação histórica, ou para o horizonte do outro, mas como um horizonte que consiste em uma

⁴¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 190.

⁴² Ibid., p. 190-191.

⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 400.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993. p. 56.

⁴⁵ GADAMER, op. cit., p. 402.

visão superior e mais ampla que possui quem compreende, inclusive quanto ao seu próprio presente).⁴⁶ Ensina Gadamer:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. [...]⁴⁷

Para Gadamer, portanto, o horizonte é único. Somente se fala em fusão de horizontes para demonstrar a tensão entre a tradição e a consciência histórica.⁴⁸ Distingue-se um horizonte do passado (tradição e sua entrega) de um horizonte do presente (consciência histórica). Mas, na realidade, ambos compõem o mesmo horizonte histórico a ser considerado. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que essa projeção de um horizonte histórico é um momento da compreensão, necessário para se distinguir do presente, mas que a própria fusão implica sua superação.⁴⁹

Grondin lembra que, quando Gadamer fala em *tradição*, não se refere a uma tradição definida, mas, sim, ao trabalho da história, tramado acima do entendimento, que determina imperceptivelmente o entendimento, mas não é “objetivável”.⁵⁰ Ou seja, não é possível construir um método para se chegar a esse entendimento. Destaca o autor que um conceito fundamental em Gadamer é o de *Wirkungsgeschichte*, que designa a recepção e a posteridade das obras na história, o que se vincula com o operar da história, o trabalho da história, tão presente em Gadamer.⁵¹ O intérprete deve ter consciência do trabalho da história.

Por fim, Grondin lembra que, para Gadamer, o entendimento é sempre um ato de aplicação, na medida em que o intérprete insere sempre algo seu, de sua época, de sua linguagem. Portanto, para Gadamer, “entender é, pois, ‘aplicar’ um sentido ao presente.”⁵² Da mesma forma, essa mesma circunstância, esse inserir algo “seu”, denota que o entendimento é sempre um ato de produção de sentido, de criação, e não mera reprodução. Duas observações são importantes neste ponto: primeiro, essa inserção da linguagem de sua época não se

⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 403.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 404.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 405.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 300.

⁵⁰ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012. p. 69.

⁵¹ *Ibid.*, p. 71.

⁵² *Ibid.*, p. 74.

encontra à disposição do intérprete, ela simplesmente ocorre; segundo, essa linguagem não é qualquer uma, mas a linguagem que a tradição entregou, uma linguagem pública, cujo sentido é forjado na intersubjetividade. A tradição vem ao intérprete, é entregue, revela-se pela linguagem⁵³. A tradição esconde-se e é transmitida pela linguagem. A linguagem possui a sua verdade.

Sem dúvida, a tradição legou diversos *elementos* resultantes de acontecimentos que representaram modificação de caminhos nas mais variadas áreas e matérias. Por evidente, não é possível tratar nesta pesquisa de todas as entregas efetuadas, razão pela qual serão abordadas as principais, pertinentes ao tema em estudo, ou seja, que guardam relação com o problema hermenêutico, com o fenômeno da compreensão e sua relação com o processo.

2.1.2 A Superação da Linguagem Privada pela Linguagem Pública na Filosofia

Um dos grandes legados da história compartilhada entregue pela tradição foi a superação/modificação do papel da linguagem. A seguir, pretende-se demonstrar, revisitando alguns dos principais autores que se dedicaram ao tema, a evolução do paradigma linguístico, compreendida no seguinte sentido: da passagem da linguagem privada para a pública.

Este é o primeiro passo para se compreender como se chega à *unidade do processo* sob uma perspectiva compreensiva, isto é, de uma adequada construção de sentido sobre o que ele – o processo – significa hoje, em tempos de radicalização do projeto democrático. A passagem da noção de linguagem privada (diretamente associada ao paradigma filosófico da filosofia da consciência) para a linguagem pública possui um caminho, que começa com a pergunta fundamental: como dizer que algo é? Isso remete inicialmente a Platão e Aristóteles, que, a partir de suas filosofias, tentaram universalizar o modo de encontrar o sentido dos objetos através de *essencialismos*, de uma *objetificação do mundo*, que instrumentalizava a linguagem.

Este capítulo objetiva, então, expor o *caminho* construído sobre o papel da linguagem ao longo da história do pensamento filosófico, cujo destino final é esta conclusão: a tradição legou a linguagem como construção/atribuição de sentido intersubjetivamente (linguagem pública), e é este modo de compreender o papel da linguagem contemporaneamente que sustenta o *processo democrático* e sua *unidade fundamental*; sem linguagem pública, não há democracia *no* processo.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 298.

2.1.2.1 A Linguagem *em Platão*: o Crátilo

Um dos textos mais antigos sobre linguagem é o *Crátilo*, escrito por Platão, possivelmente em 388 a.C. Verifica-se nele um debate entre o *naturalismo* e o *convencionalismo*.

A temática sobre a correção dos nomes, ou melhor, das palavras (não se referia apenas ao nome das pessoas), entendida como a sua significação, despertava grande interesse na época, sendo objeto de vários tratados pelos sofistas,⁵⁴ como Pródico e Protágoras. Para Lenio Streck, é através do diálogo contido no *Crátilo* que Platão enfrenta a sofística e seu discurso retórico, em um esforço não apenas filosófico, como também político.⁵⁵

Nele, o *convencionalismo*, defendido por Hermógenes, entende que as coisas recebem o nome e a significação através da *convenção*, do acordo e do uso da linguagem. As palavras são etiquetas que se coloca nas coisas. Alguém no passado nomeia uma coisa e, por imitação, outros aceitam e passam a chamá-la por aquele nome.

Raquel Barney afirma que o verbo utilizado no diálogo por Hermógenes para o ato de nomear é o mesmo empregado para dar nome a uma criança, ou seja, “batizar”.⁵⁶ O nomear é sempre um ato de batismo, seja dos deuses, do *nomóteta*⁵⁷ ou dos antigos.

Importante observar que, para o convencionalismo de Hermógenes, no ato inicial de nomear, não existe qualquer regra, sendo arbitrário. Portanto, não existe um nome falso. Todo o nome é verdadeiro.

Por sua vez, para o *naturalismo*, sustentado no diálogo por Crátilo, as coisas possuem um nome por natureza. As palavras informam a *essência* das coisas. Ao dizer a palavra que se refere a algo, diz-se a própria coisa. Para Crátilo, também não existe nome falso ou incorreto, mas por um motivo muito diferente daquele que leva Hermógenes a afirmar que todo nome é

⁵⁴ Os sofistas utilizavam-se da arte da retórica ou “arte de persuadir”, na qual o discurso era mais importante que a verdade. Veja que se estava no auge da democracia ateniense, em que os discursos em locais públicos eram uma constante. Os sofistas especializaram-se nessa técnica, inclusive vendendo seus talentos para quem pagasse mais. A verdade ficava em segundo plano. Entre os sofistas, destaca-se: Pródico, Hípias e Protágoras. Para Lenio Streck “os sofistas foram os primeiros positivistas (naquilo que se entende por positivismo de forma sofisticada). E isso é assim por causa de sua concepção convencionalista. Não há qualquer imanência ou ontologia entre palavras e coisas. Por isso o homem é a medida de todas as coisas. Foram combatidos por Platão, pela boca de Sócrates. O livro *Crátilo* deixa isso muito claro, quando os sofistas são colocados frente a frente com o naturalismo de Crátilo. Aristóteles pensava, inclusive, que Platão bateu pouco nos sofistas”. STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? **Consultor Jurídico**, São Paulo. 15 maio 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 179.

⁵⁶ BARNEY, Rachel. Plato on conventionalism. **Phronesis**, Campinas, v. 42, p. 147-150, 1997.

⁵⁷ É aquele que nomeia; o “dador” de nomes; o legislador.

verdadeiro (a ausência de regras). Para Crátilo, ou o nome é bem atribuído (informa a essência) ou não é sequer nome; é algo sem sentido.

Sócrates é convidado a participar do diálogo e age como uma espécie de mediador entre Hermógenes e Crátilo. Sócrates concorda com Crátilo no sentido de que o nome deve revelar a essência da coisa. Entretanto, para Sócrates não se pode confundir o *nome* com o *objeto*. Assim, pode, sim, existir um nome mal atribuído, falso, não verdadeiro, o que ocorrerá quando o nome não considerar aspectos relevantes do objeto ou considerar aspectos que não são seus (ou seja, desconsiderar a essência). Mesmo assim, ainda se tem um nome. Da mesma forma, esse nome mal atribuído, às vezes, não impede que se compreenda a significação, contexto possível apenas diante da convenção desse significado, o que, no diálogo, acaba por ser afirmado pelo próprio Crátilo, diante de provocação de Sócrates.

Para Sócrates, o nome deve, na medida do possível, corresponder à essência, imitar a coisa. Mas, muitas vezes, a correção da significação vai depender da convenção. A palavra não pode ser revelada por outras palavras. Será através de si que as coisas podem ser reveladas.

Portanto, durante a obra, Platão, falando através de Sócrates, procura uma posição intermediária, trazendo reflexões sobre uma e outra posição, acabando por sustentar a existência de uma convenção na linguagem, mas sem excluir uma essência que deve guiar o *nomear*. Assim, Platão não defende um naturalismo extremado, cujo próprio som traria a significação da palavra.⁵⁸ Neste caso, compreender-se-ia qualquer língua estrangeira de forma imediata. Platão defende que existe, ou deveria existir, uma *afinidade natural* entre o som e a significação. Para ele, as palavras não imitam som, mas apresentam a essência das coisas, o *ser*. A palavra será certa quando *apresentar* a coisa. Deve-se observar a natureza, a essência, da coisa.⁵⁹ Nesse sentido, conclui Streck:

O Sócrates platônico (aparentemente) não rompe inteiramente com Crátilo e nem como Hermógenes, mas defende uma posição que concilia as precedentes. De fato, se os nomes são criados pelo nomoteta (ou o onomaturgo de Platão), eles são uma convenção, como pretendiam os sofistas. Mas se existe uma adequação natural entre o nome e a coisa, é porque de alguma forma ambos participam de um referencial comum, tese defendida por Crátilo. [...] ⁶⁰

⁵⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 18.

⁵⁹ Ibid., p. 19.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 180.

Para Platão, a linguagem é um sistema que permite formar as mais variadas frases. Essas frases possuem uma gramática, a qual deve corresponder uma essência. Existe uma isomorfia entre *estrutura gramatical* e *estrutura ontológica*, ou seja, uma correspondência fundamental entre *linguagem* e *ser*. A construção de uma língua não pode ser, portanto, algo arbitrário.⁶¹ Esta conclusão demonstra que já em Platão havia uma preocupação com a arbitrariedade interpretativa, problema não superado até hoje.⁶²

Platão pensava a linguagem com um *instrumento separante*, que distingue as classes de coisas, separa as essências. A adequação da linguagem (nome e significação) depende da capacidade de a estrutura linguística (gramatical) corresponder à ontológica⁶³, ou seja, da palavra informar a sua essência. Veja que, para Platão, o nome pode ser verdadeiro ou falso, dependendo desse vínculo entre nome (linguagem) e essência (ser).

Entretanto, como ensina Manfredo de Oliveira, Platão reconhece que essa afinidade é muito precária, admitindo a formação das palavras por convenção decorrente dos costumes ou do uso da língua, mas nunca de convenções arbitrárias. O significado das palavras não é definido arbitrariamente por qualquer um,⁶⁴ mas decorre do uso comum e constante das palavras pelos participantes.

É a exigência de isomorfismo entre a linguagem e ser que vai limitar a arbitrariedade. É o conhecimento das essências que permitirá avaliar a adequação da linguagem.⁶⁵ A convenção existe, mas não é arbitrária, deve considerar a essência da coisa. Nem todo o nome é verdadeiro. Existe um limite ao nomear. Esse limite é a essência que a coisa possui. O nomear é descrever essa essência. Assim, essa descrição pode ser correta ou incorreta, verdadeira ou falsa.

Platão apresenta uma questão fundamental da linguagem, qual seja, o *poder cognoscitivo da linguagem*, a capacidade de o nome informar a coisa. Para Crátilo, “quem conhece os nomes conhece as coisas”. Caso não cumpram essa tarefa, não serão nomes. Entretanto, como já observado, no diálogo, Sócrates vai aduzir que o sistema de nomes pode ajudar ou atrapalhar, na medida em que a linguagem é obra do homem e, portanto, sujeita a erros.⁶⁶

⁶¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 20.

⁶² Veja que Platão não concordava com a discricionariedade na linguagem, a qual deveria estar vinculada ao ser. Entretanto, o problema surge na forma de acesso ao ser, ou melhor, na própria definição de ser.

⁶³ Ibid., p. 20.

⁶⁴ Ibid., p. 20.

⁶⁵ Ibid., p. 21.

⁶⁶ Ibid., p. 21.

Nessa linha, considerando então essa alegada incerteza decorrente do caráter humano da linguagem, Platão sustenta que os nomes podem ser verdadeiros ou falsos. Assim, entende que deve haver algo que, antes dos nomes, informe que estes são verdadeiros ou não. Aqui a grande tese de Platão: *seria possível conhecer as coisas sem os nomes, sem linguagem*⁶⁷. Através dela não se atinge a verdadeira realidade, a qual é conhecida em si, sem palavras, sem mediação linguística. A linguagem é instrumento, e o conhecimento não depende dela. O pensar e a contemplação propiciam conhecimento sem palavras. A linguagem não constitui a experiência, apenas surge posteriormente para designá-la com sons. Platão sustenta, então, a separação radical entre pensamento e linguagem. A linguagem é secundária, instrumento de revelação do que foi compreendido. Seria possível um sistema ideal de sinais, longe das imperfeições da linguagem.⁶⁸ Após concluir que Platão apresenta uma posição intermediária no diálogo, Streck observa:

[...] Entre os dois polos (Crátilo e Hermógenes), *deliberadamente postos no diálogo para propiciar a apresentação de uma tese intermediária, Platão começa a esconder o ser*, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa *sem o uso da linguagem*. [...]

Na tese apresentada por Sócrates no diálogo, exsurge a concepção platônica de uma ordem universal à qual o homem tem acesso, de forma incompleta, através da atividade inteligente (mundo das ideias). Mais do que isso – no que interessa para o desenvolvimento dessas reflexões – é importante lembrar que, para Platão, é possível conhecer as coisas sem os nomes, portanto, como já dito, sem linguagem. A linguagem é apenas um instrumento. Seu papel é secundário. [...]⁶⁹

Portanto, Platão separava pensamento e linguagem. Novas doutrinas virão a informar que o pensamento ocorre na linguagem, ou seja, que toda a reflexão ocorre através da linguagem. Linguagem não é mera enunciação, mero dizer, como parece entender Platão. Linguagem, em

⁶⁷ Para muitos autores, o interesse de Platão pelo tema da linguagem era limitado a demonstrar que ela era irrelevante para o conhecimento. Maria Luísa Portocarrero F. Silva lembra que, para Platão, o núcleo essencial do conhecimento não está na linguagem. Ou seja, “O conhecimento puro das ideias não deve nada à linguagem”. Sobre esse fato, afirma: “Segundo Gadamer, Platão não refletiu sobre o facto de a operação do pensamento, enquanto diálogo da alma consigo mesma, conter já um vínculo essencial com a linguagem. Sob a influência do seu mestre Heidegger, Gadamer faz um juízo muito crítico sobre Platão, no que diz respeito ao problema da linguagem, pois considera a sua concepção como a redução da linguagem a um simples sinal exterior do pensamento. Pensa ainda que essa perspectiva de Platão levou a que o Ocidente não entendesse a verdadeira natureza da linguagem e a sua anterioridade relativamente às ideias claras”. SILVA, Maria Luísa Portocarrero F. **Hermetica filosófica: metodologia e apresentação de um percurso temático**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 52-53.

⁶⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 22.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermetica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 180.

Platão, constitui-se em instrumento, em informação⁷⁰.

No fundo, a verdade é que Platão não consegue responder à pergunta principal que propõe: a linguagem pode contribuir para o conhecimento da realidade? O naturalismo não consegue explicar a relação natural entre palavra e coisa, a qual é diversa em várias partes do mundo. Nessa linha, haveria mais de uma realidade. Por sua vez, o convencionalismo não consegue explicar como é possível estabelecer uma convenção sobre a linguagem quando aquela depende da existência da própria linguagem.⁷¹ Estabelecida estaria uma circularidade sem um fundamento.

Por fim, Streck observa que, em razão das ideias apresentadas, autores, como Josef Simon, vão afirmar que Platão lançou as bases de uma filosofia ontológica, procurando eliminar o “poder dos nomes dos significados”.⁷²

Veja que, em *Crátilo*, Platão apresenta questões que até hoje são debatidas. O naturalismo *versus* convencionalismo, com sua opção pela essência das palavras (vínculo de adequação entre linguagem e ser) sem afastar a existência de convenção não arbitrária; o poder cognoscitivo das palavras, a revelação do conhecimento pelos nomes; e o caráter principal ou secundário da linguagem, são temas até hoje atuais.

2.1.2.2 A Linguagem em *Aristóteles*

Aristóteles foi discípulo de Platão e com ele compartilhava a sua luta contra os sofistas, considerando-os como falsos filósofos que acabavam por ameaçar a própria filosofia. Nessa linha, não aceitava a linguagem como ciência universal, o que era defendido pela sofística – que entendia que, com a linguagem, se podia dizer e fazer tudo sobre qualquer coisa.⁷³ Para os sofistas, a linguagem “dominava” a coisa. Os sofistas deliberadamente defendiam uma linguagem privada, cujos sentidos eram manipulados de acordo com o interesse do falante.

Manfredo de Oliveira destaca que Aristóteles considerava a sofística como perigosa, em especial pela sua indiferença em relação à verdade, preocupando-se apenas com a eficácia do discurso, utilizado como uma arma. A efetividade do discurso era o ponto central das

⁷⁰ Como será apresentado, esta é uma leitura de Heidegger sobre a linguagem em Platão. Para o filósofo, a linguagem não é – somente – informação.

⁷¹ MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem:** de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 15.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 181.

⁷³ *Ibid.*, p. 182.

teorias sofistas da linguagem. Para eles, interessava mais o “falar” do que “o falado”, na medida em que se objetivava a persuasão.⁷⁴

Por isso, ensina o citado autor, a sofística encontrou campo fértil na democracia ateniense, uma vez que, na assembleia popular, exigia-se o domínio da retórica e da argumentação. Assim, a linguagem se transformava em instrumento de poder.⁷⁵ Aristóteles vai dedicar muito trabalho ao combate a tais ideias, sustentando a necessidade de fundamentação do discurso racional, da ciência e da filosofia.⁷⁶

Conforme apresentado, Platão “ultrapassa” (não considera) o problema da linguagem, observada por ele como algo secundário ao conhecimento. Ao contrário de Platão, Aristóteles faz as suas reflexões sempre no horizonte da linguagem, nunca perdendo o foco no discurso humano, na linguagem humana. Embora, como se verá, ainda considere a linguagem com papel secundário, no sentido de instrumental.

Nessa linha, Aristóteles parte da separação entre *palavra* e *coisa* e tenta construir uma teoria da significação, na qual afirma a separação entre linguagem e ser (no que segue Platão), ao mesmo tempo em que trata da relação entre ambos.⁷⁷ Para Aristóteles, essa aderência total entre palavra e coisa é um dos grandes problemas da sofística e de outras teorias da época. Na palavra estaria o ser.⁷⁸

Lenio Streck explica que, para Aristóteles, “a linguagem não se manifesta, mas significa as coisas”. A palavra é um símbolo que se relaciona com a coisa por significação. “A questão está na *adequatio*, é dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. *Pressupõe uma ontologia*”. Para Aristóteles, as palavras possuem um sentido porque possuem uma essência. É essa essência que dá unidade à significação. As palavras são símbolos dos estados de espírito, o que faz com que a linguagem se subordine ao pensamento.⁷⁹

Manfredo de Oliveira destaca que o pensamento de Aristóteles seguia duas direções⁸⁰, o que poucos se dão conta. Em uma primeira direção, Aristóteles vai acentuar a diferença

⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 26.

⁷⁵ Ibid., p. 27.

⁷⁶ Ibid., p. 26.

⁷⁷ Ibid., p. 27.

⁷⁸ Ibid., p. 28.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 184.

⁸⁰ Interessante registrar que, ao menos em outro momento, o pensamento de Aristóteles também segue em uma direção distinta (ou em duas direções), o que é muito bem trabalhado por Ernildo Stein. Trata-se da metafísica em Aristóteles. No primeiro caminho, tem-se o Aristóteles da ontoteologia, que confia tudo ao “motor imóvel”. No segundo caminho, tem-se o Aristóteles da “ciência procurada”. Nas palavras do grande filósofo gaúcho: “[...] É assim que recorreremos àquilo que designamos os dois caminhos da Metafísica de Aristóteles. De um lado, tínhamos um caminho que partiu da ideia do motor imóvel e que predominou na história do

entre linguagem e ser, aprofundando a concepção designativa apresentada por Platão, concluindo, na linha deste, pela função secundária, instrumental, da linguagem em relação ao conhecimento real. É nesse sentido que a teoria de Aristóteles influenciou o Ocidente. Objetivava combater a sofística e sua ideia de que o discurso, a palavra, traria em si o conhecimento. Entretanto, em um segundo momento, Aristóteles, mesmo reconhecendo a distância da linguagem e do ser, observa que não existe acesso ao ser sem a mediação da linguagem. Aristóteles antecipa a posição adotada pela filosofia contemporânea, no sentido de que toda a reflexão é mediada linguisticamente.⁸¹ Linguagem e ser não são a mesma coisa, mas estão intimamente ligados. A realidade, a justeza de uma palavra, dependerá da correspondência entre o signo/palavra e o conceito (estado da alma), como será melhor observado.

Na primeira direção, Aristóteles entende que a linguagem humana é um símbolo do real. Não toma o lugar da coisa. A linguagem possui um som vocal com uma significação convencional, sendo essa convenção o que diferencia a linguagem humana da linguagem dos

pensamento ocidental. Denominamos esse caminho ‘o primeiro caminho’ e o ligamos à ontoteologia. Por outro lado, procuramos encontrar nas análises que Aristóteles realiza do ente enquanto ente, sua Filosofia primeira, aquilo que chamamos ‘o segundo caminho’. A característica fundamental desse caminho consiste no fato de Aristóteles reconhecer que a resposta para a questão do ente enquanto ente teria de enfrentar o paradoxo da incompletude. Dessa maneira, o segundo caminho é denominado por Aristóteles de ‘ciência procurada’”. (STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 12-13). O problema é que, diante da angústia por respostas, Aristóteles acaba por encontrá-las em um retorno ao primeiro caminho. Entretanto, é esse segundo caminho, com metafísica e fenomenologia, que se encontra em Heidegger. Assim, pode-se compreender quando Heidegger vai afirmar que “a destruição da metafísica não é o fim da metafísica”. A destruição da metafísica por Heidegger, na verdade, será uma desleitura do fenômeno, afastando aquela metafísica ontoteológica e preservando a metafísica como ciência procurada. Ernildo Stein explica melhor: “[...] Consideremos Aristóteles um filósofo empirista que naturalmente escreveu vários livros (de Lógica) como ferramenta para as suas análises, e que dedicou seus estudos a uma grande variedade de materiais empíricos. Sobrara-lhe, no entanto, um campo em que percebeu que deveria procurar uma universalidade que não derivava da empiria. É por isso que ele fundou a *epistème zetoumene*, a ciência procurada, que trataria das primeiras causas e do ente enquanto ente juntamente com o *eínai* (ser). O filósofo não desenvolveu para isso um nome específico, além de chamá-la de Filosofia primeira. Não denominou essa ciência nem de ontologia e nem de teologia. Diante do movimento, do surgimento e do perecimento do tempo, no entanto, o filósofo se perguntou pelas origens desses fenômenos. Como as respostas não podiam ser empíricas, porque levariam necessariamente a uma circularidade inaceitável, ele saiu dessa situação paradoxal e lançou uma hipótese que o reconduziu para a escola de seu mestre Platão. Não há uma causa eficiente que inicie o movimento, isto é, pela qual tudo deveria começar do nada. Todas as coisas sublunares são atraídas pelo mais perfeito. É para isso que Aristóteles estabelece a sua teoria do motor imóvel. Mesmo não sendo conhecido, e nada conhecendo das coisas sublunares, ele atua como causa final de todo movimento. Desse modo, bastava Aristóteles definir esse motor imóvel e achar um lugar no seu cosmos de esferas. [...] temos dois Aristóteles. Um deles funda uma ciência primeira que depois chamaremos de ontologia e que coroa o seu *theoreîn*, enquanto o outro nos faz recuar para o *agathón* platônico sob a nova forma de motor imóvel que a tudo atrai. O que não se percebeu é que, seguindo essa última linha, teríamos um Aristóteles que ligaria ontologia com teologia [...]”. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 27-28.

⁸¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 28.

animais. Para Aristóteles, a linguagem não é imagem do real, mas seu símbolo, seu significado, um instrumento de designação convencional, não natural.⁸²

Aristóteles distingue o *discurso em geral* e a *proposição* (sentença declarativa), dando preferência a esta. O *discurso em geral* não se preocupa com a existência ou não da coisa significante. Por sua vez, a *proposição* é composta pela composição ou divisão dos termos significantes isolados. É um julgamento quanto à existência do que é significado (“dizer algo a respeito de algo”). A proposição é o lugar da verdade e da falsidade, uma vez que pode corresponder ou não às coisas.⁸³

O significado dos signos, palavras, depende da representação mental dos signos com os conceitos ou estados da alma relacionados. Os signos, as palavras, podem variar, mas o significado continuará o mesmo, uma vez que as afecções da alma são iguais para todos. Portanto, o conceito, o estado da alma, é o intermediário entre a palavra e a coisa. É nele que está a realidade. Ou seja, a realidade de um signo linguístico (que é convencional) dependerá de sua correspondência com o conceito (não convencional). Quando a palavra corresponder ao estado da alma, ao conceito, ao pensamento, pode-se dizer que ela é real, verdadeira.⁸⁴

Para Aristóteles, é no conceito, na alma, no pensamento, que está a verdade. A linguagem vem depois, de forma convencional. O conhecimento se constitui no pensamento, que antecede a linguagem. O pensamento é autônomo em relação à linguagem.

Mas, para que haja comunicação entre os homens, há necessidade de sentido, o que somente ocorre porque as palavras possuem unidade. Se o significado das palavras depende de convenção (esse signo refere-se a determinado conceito/estado da alma), o que garante a unidade dessa convenção? Aqui o pensamento de Aristóteles segue outra direção. Para Aristóteles, é a essência (*ousia*) que serve de fundamento objetivo para garantir a unidade de significação das palavras e permitir a comunicação. É a essência que garante a unidade de sentido. A exigência linguística de unidade é satisfeita com o princípio ontológico da unidade, ou seja, “é a unidade do que é que legitima a unidade da significação”.⁸⁵

Portanto, para Aristóteles, a significação é convencional – como em Platão –, mas não pode ser arbitrária, devendo respeitar a essência que unifica a significação e viabiliza a comunicação. É aqui que, como já referido, Aristóteles antecipa teorias contemporâneas no sentido da necessária mediação linguística de toda a reflexão.

⁸² OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 29.

⁸³ Ibid., p. 30.

⁸⁴ MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009. p. 22-23.

⁸⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

Lembra Manfredo de Oliveira que o Aristóteles que influenciou o Ocidente foi o Aristóteles limitado à primeira direção, ou seja, à função designativa e secundária da linguagem. O conhecimento existiria sem a linguagem.⁸⁶

2.1.2.3 A Linguagem em *Wittgenstein*

Não há como falar em linguagem sem tratar de Wittgenstein, que representa, como se verá, um marco no tema. O filósofo austríaco Ludwig Josef Johann Wittgenstein nasceu em 1889, em Viena, e, além de estudar engenharia, trabalhar como militar, professor primário e jardineiro, dedicou-se à filosofia, falecendo em 1951. Frequentou as aulas de Bertrand Russell em Cambridge, o que consolidou seu interesse pela filosofia e lógica.

As principais obras de Wittgenstein foram o *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1921, e *Investigações Filosóficas*, de 1953. Lembra Manfredo de Oliveira que, diante das mudanças importantes no pensamento do autor quando do segundo livro, a doutrina costuma separar o Wittgenstein I (ou primeiro Wittgenstein), que escreveu o *Tractatus*, do Wittgenstein II (ou segundo Wittgenstein), da obra *Investigações Filosóficas*. Para muitos, considerando a radical ruptura, é como se fossem dois pensadores. Duas correntes encontram-se ligadas a Wittgenstein, o empirismo lógico ou o neopositivismo do Círculo de Viena (primeiro Wittgenstein) e a filosofia da linguagem ordinária (segundo Wittgenstein).⁸⁷ Nas duas fases mantém-se a questão fundamental do pensamento de Wittgenstein, qual seja, o seu foco de interesse no pensamento e na linguagem.

É importante observar que a proposta de Wittgenstein surge no ambiente de tentativa de superação da metafísica pela filosofia através da lógica, no final do século XIX e início do XX. Nesse cenário surge a filosofia analítica de Frege e Russell, a qual propunha a aplicação da lógica matemática na análise do sentido da linguagem, viabilizando a certeza.

Wittgenstein I, também conhecido como primeiro Wittgenstein, que escreveu *Tractatus*, estava preocupado em unificar a linguagem em uma estrutura lógica, decomposta em unidades simples. A linguagem deveria ser entendida como uma “cópia dos fatos” do mundo. Esses fatos deveriam ser verificados em sua falsidade ou verdade. Assim, proposições da metafísica, psicologia, teologia, entre outras, não possuiriam sentido, uma vez que não são verificáveis. A linguagem é enganadora, sendo que sua forma gramatical pode esconder a verdade. A filosofia vai analisar estas formas gramaticais à luz da lógica e revelar a verdade.

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 33-34.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 94.

O primeiro Wittgenstein entendia que tudo que pode ser pensado também pode ser dito⁸⁸, e a análise da estrutura dos termos do dito é o caminho para solução dos problemas filosóficos. Para ele, eram os mal-entendidos linguísticos que acarretavam os problemas filosóficos.

O *Tractatus* transforma-se em modelo em torno do qual a filosofia analítica passa a ser desenvolvida. Para Wittgenstein I, a filosofia da linguagem, com sua abordagem analítica, seria a “filosofia primeira”, resolvendo todos os problemas filosóficos.

Lenio Streck ensina que Wittgenstein I trabalha uma concepção instrumentalista-designativa-objetivista da linguagem, que seria perfeita, ideal, e reprodutora da estrutura ontológica do mundo. A linguagem como imagem fiel do real. Devia-se então buscar uma linguagem ideal, que seria a medida para todas as linguagens.⁸⁹

Nessa trilha, Manfredo de Oliveira registra que, no *Tractatus*, a intenção de Wittgenstein é estabelecer o que pode ser racionalmente dito e o que deve ser evitado. A linguagem possui uma função designativo-instrumentalista-comunicativa, concepção fundamental da linguagem no Ocidente. A linguagem figura o mundo. O mundo é a totalidade dos “fatos”, não a soma das coisas. A linguagem deve ser analisada não através dos nomes isolados, mas nas sentenças. Os nomes somente possuem significado na sentença.⁹⁰ Esse é um dos diferenciais de Wittgenstein em relação à doutrina tradicional da época.

A significação do nome depende da frase na qual serve de elemento. Wittgenstein, neste ponto, como mencionado, supera a doutrina tradicional, para a qual o sentido da frase depende da significação das palavras, independente da frase.⁹¹ Para Wittgenstein I, é a frase que dá a significação. O nome não possui sentido isoladamente.

Porém, Manfredo Oliveira adverte que Wittgenstein concorda que o sentido da frase depende da associação de seus elementos. Entretanto, acrescenta algo novo, ou seja, diz que o elemento somente terá significação como componente da frase.⁹² A frase dará sentido a cada elemento, cuja associação dará seu sentido.

Wittgenstein enfrenta o problema da verdade, ou seja, da teoria da correspondência entre o pensar e o real. Propõe o autor a ideia de *figuração*. Primeiro, transforma-se o mundo em pensamento; após, o pensamento em expressão linguística. A correspondência entre o

⁸⁸ Em outras palavras, Wittgenstein aproxima pensamento/ser e linguagem. A linguagem é manifestação integral do pensamento/ser e deve ser analisada lógica e matematicamente.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 244.

⁹⁰ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 95-96.

⁹¹ *Ibid.*, p. 97.

⁹² *Ibid.*, p. 97.

mundo e o pensamento/linguagem só é possível quando os polos possuem algo em comum, o que deve ser verificado através de uma forma lógica, a *forma de realidade*.⁹³

Para Wittgenstein tudo que pode ser dito no mundo é objeto das ciências naturais, cujas sentenças podem ter uma forma lógica.⁹⁴ Fora das ciências naturais não se tem a capacidade de verificação e a forma lógica.

O sentido de uma frase está em ser ela verdadeira ou falsa. Será verdadeira quando o estado de coisas exprimido é o realizado. Para Wittgenstein, a linguagem é “indizível”, ou melhor, possui o potencial do indizível, na medida em que, com base no que ela diz, se alcança o que não pode ser dito. É o que se chama de *misticismo lógico de Wittgenstein*.⁹⁵

No *Tractatus* Wittgenstein sustenta que somente a fixação de uma estrutura lógica da linguagem permitiria que os pensamentos fossem corretamente expressados. Havia a necessidade de se constituir uma linguagem científica. Afirma o autor que a linguagem seria um “traje” que disfarçava o pensamento. Através dela, não seria possível aferir o pensamento,⁹⁶ sendo necessária essa linguagem lógica para a descoberta da verdade. Insistia o jovem Wittgenstein no carácter designativo da linguagem. A linguagem como secundária ao pensamento, como proposto em Platão.

Veja que a semântica do *Tractatus* distingue-se em alguns elementos da semântica tradicional, em especial quando Wittgenstein considera as sentenças como fatos, e não objetos. Assim, supera-se a função meramente designativa da linguagem, atentando-se também para a função de correspondência das expressões com a realidade. Mas Wittgenstein igualmente permanece no horizonte da semântica tradicional, em que os nomes designam objetos, predicados.⁹⁷ Embora o sentido sobrevenha por outro modo.

Nessa linha, esclarece Manfredo:

[...] A importância da semântica de Wittgenstein se manifesta com mais evidência pelo fato de ela ser um excelente exemplo do que é o horizonte de pensamento da semântica tradicional: ele tematiza e desenvolve explicitamente os pressupostos ontológicos da semântica tradicional, bem como a tese da correspondência ou da coordenação entre linguagem e

⁹³ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 101-102.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 111-113.

⁹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. 2. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994. p. 165.

⁹⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 113-114.

realidade que é, sem dúvida, uma das teses tradicionais e centrais da semântica do Ocidente, isto é, sua teoria da verdade.⁹⁸

Portanto, para Wittgenstein I, a relação entre linguagem e mundo ocorreria através do caráter designativo daquela. Para descobrir o significado da palavra, deve-se verificar o objeto por ela designado. A linguagem comunica algo que existe sem ela, ou seja, ela comunicada o “resultado” do conhecimento humano, mas não é necessária, não é condição de possibilidade, para o conhecimento.⁹⁹ Veja que esse entendimento já existia em Platão e Aristóteles. A linguagem como algo secundário, que apenas comunica o conhecimento, mas não participa em sua constituição.

Karl-Otto Apel afirma que, na filosofia clássica, ocorreu a redução do fenômeno linguístico à sua função designativa, o que se verifica em Platão em favor das ideias.¹⁰⁰ A palavra deveria designar a essência das coisas nominadas. Para a metafísica clássica, é através da descoberta da essência imutável das coisas que se chega ao verdadeiro conhecimento. A linguagem vem depois, apenas para comunicar esse conhecimento.¹⁰¹ Ensina Manfredo:

[...] A linguagem deveria ser uma imagem fiel do real, e como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões, indetermina ações etc. trata-se, então, de conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem. Essa linguagem ideal seria uma linguagem artificial construída segundo o modelo de um cálculo lógico e constitui, no primeiro período de Wittgenstein, como vimos, centro de suas considerações. Trata-se, em última análise, de atingir a precisão absoluta no caráter designativo das palavras.¹⁰²

Após a publicação do *Tractatus*, acreditando, como afirmado, ter resolvido todos os problemas filosóficos, Wittgenstein praticamente abandona a filosofia, ausentando-se por aproximadamente dez anos da academia, retornando quando passa a manter contato com os integrantes do *Círculo de Viena* e seu positivismo lógico. São esses contatos, os quais objetivavam consultar o autor sobre sua obra *Tractatus*, que fazem com que Wittgenstein se dê conta do que considerou erros graves que cometera. Da mesma forma, suas conversações com Frank Ramsey, em seu doutoramento em Cambridge, levam Wittgenstein a rever o que

⁹⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 114.

⁹⁹ Ibid., p. 119.

¹⁰⁰ APEL, Karl-Otto. **Transformações da filosofia 2: o a priori da comunidade da comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. p. 380.

¹⁰¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 120-121.

¹⁰² Ibid., p. 121-122.

entendia como equívocos no *Tractatus*. Assim, começa a caminhada que conduzirá a sua nova obra, implicando ruptura com seu pensamento anterior.¹⁰³

Wittgenstein começa sua revisão na docência em Cambridge, entre 1930 e 1947, culminando com a nova obra *Investigações Filosóficas*, publicada postumamente em 1953. Essa obra revela um Wittgenstein que abandona a análise da estrutura lógica da linguagem e passa a analisá-la como esforço de comunicação humana. Wittgenstein II questiona a ideia do significado como inerente à coisa em si, bem como a conclusão anterior de que a função denotativa, ou seja, a descrição da realidade, seja a principal papel da linguagem.

Nas *Investigações*, Wittgenstein abandona a busca pela cientificidade lógica, e a linguagem deixa de ser uma estrutura designativa de coisas e objetos, possuidora de uma essência, cuja significação acaba sendo definida por um indivíduo isolado. Agora, o nome não mais representará uma designação exata do objeto, mas apenas uma afinidade. O significado será definido pelo uso público. Será diante do *quando* e do *como* que se usa a coisa que se poderá apurar se o significado foi adequado ou não. É a prática pública o núcleo dessa nova abordagem.

Wittgenstein vai propor um novo conceito de linguagem. Não há linguagem como um conceito formal e universal com uma essência *a priori*. A linguagem passa a ser considerada como um conjunto de práticas, aberto e influenciado pelas formas de vida das comunidades de linguagem. Nesse sentido, Samuel Cabanchik registra que este novo conceito de linguagem “es el de un conjunto de prácticas, siempre abierto a su extensión y modificación en su entretendido con las formas de vida dadas en las comunidades de lenguaje.” A vida é articulada de acordo com uma estrutura significante. Wittgenstein acaba por superar o exílio que a doutrina tradicional, e ele mesmo, em um primeiro momento, impuseram a linguagem.¹⁰⁴

Já no primeiro parágrafo da obra *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein demonstra como nem todas as palavras podem ser relacionadas a objetos, apontando para a insuficiência do até então por ele sustentado. O autor apresenta um exemplo no qual analisa as palavras na frase “cinco maçãs vermelhas”, na qual a palavra “cinco” não remete a nenhum objeto, mas é definida pelo uso.¹⁰⁵ É o uso e o contexto que darão a significação da palavra. A comunicação

¹⁰³ Para informações biográficas de Wittgenstein estão disponíveis diversas obras. Embora não tratem especificamente da biografia do mestre austríaco, destacam-se as seguintes obras, que abordam um pouco da vida do mesmo: BOUVERESSE, Jacques. **Wittgenstein: la modernidad, el progreso y la decadencia**. México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2006; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cartas à Russell, Keynes y Moore**. Madrid: Taurus Ediciones, 1979; MARTYNIUK, Claudio. **Wittgensteinianas**. Buenos Aires: Biblos, 1997.

¹⁰⁴ CABANCHIK, Samuel. **Wittgenstein: una introducción**. 1. ed. Buenos Aires: Quadrata, 2010. p. 57.

¹⁰⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 9. ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014. p. 15-16.

meramente designativa, embora exista, é considerada primitiva e insuficiente, pois não alcança a totalidade do que se chama linguagem.

Karl-Otto Apel observa que, na fase tardia, surge um novo conceito-chave para substituir o modelo de designação de objetos, que é o de *jogos de linguagem*. A linguagem do sujeito extramundano transcendental é substituída pela ideia de uso linguístico, formas de vida e abertura de mundo. O sentido não pode ser pensado afastado da *aplicação linguística*, de uma práxis comportamental, entendida como *jogo de linguagem* e, portanto, ela mesma uma forma dotada de sentido.¹⁰⁶

Assim, a filosofia da linguagem é colocada sob uma nova luz. Não mais é possível admitir uma “linguagem privada”, particular do intérprete. O indivíduo isoladamente não pode construir significados.

Para Wittgenstein II, a significação da linguagem decorre da interação dos sujeitos, de um processo de socialização. Ela possui como base um acordo prévio entre os falantes. Não existe apenas uma linguagem, mas muitos tipos de linguagens. As palavras somente poderão ser compreendidas dentro de seu contexto de uso, contexto das atividades humanas. A significação das expressões linguísticas depende do uso e das práticas sociais. Supera-se o enfoque semântico em direção a uma abordagem pragmática da linguagem.

O indivíduo não pode dar à linguagem o sentido que desejar, partindo apenas de sua consciência. Além de arbitrário, tal proceder impede a aferição da correta utilização da expressão. Na linguagem pública, a significação dependerá de um contexto intersubjetivo, em que o uso compartilhado dará significação à palavra. Assim, a correção do uso da linguagem poderá ser aferida com segurança, evitando arbitrariedades.

Nesse sentido, Magdalena Holguín, ao tratar do solipsismo, destaca a forma como Wittgenstein trata a linguagem privada afastada pela intersubjetividade de uma linguagem pública:

[...] La primera de ellas es la perspectiva intersubjetiva suministrada por la obligada referencia al lenguaje, pues ésta impide tomar como punto de partida el sujeto aisladamente considerado. La insistencia de Wittgenstein sobre el carácter regulado y público de la aplicación conceptual es tan reiterada y radical que ha llevado en ocasiones a identificar su posición con el conductismo. Aun cuando ciertamente no es su intención erigir en criterios las conductas observables, al aludir a la necesidad de considerar situaciones concretas, enfatiza la naturaleza pública del lenguaje, respecto de la cual la perspectiva del sujeto se revela como una abstracción.

¹⁰⁶ APEL, Karl-Otto. **Transformações da filosofia 2: o a priori da comunidade da comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. p. 32-83.

En relación con este punto y con los argumentos que hemos presentado, debe destacarse asimismo la primacía concedida a los juegos de lenguaje como profenómenos. En efecto, la idea que permite a Wittgenstein identificar como analógicas algunas de las dicotomías incorporadas a nuestras formas de pensar (interno/externo, sujeto/objeto, mente/cuerpo) remite, en última instancia, a la imposibilidad de situarse teóricamente en un punto de vista lógicamente anterior al del lenguaje intersubjetivo. El solipsista, según esto, pretendería, por así decirlo, establecer significatividad de una manera puramente intelectual.¹⁰⁷

Para fins desse trabalho, é fundamental ter sempre presente a seguinte conclusão, advinda dos estudos do segundo Wittgenstein: a superação da linguagem privada pela linguagem pública impede a atribuição arbitrária de sentidos, de significação.

A filosofia de Wittgenstein possui sua unidade na busca pela significação das palavras, com forte crítica à filosofia da linguagem do Ocidente, representada por uma teoria objetivista da linguagem. Esta teria como função explicitar a função afigurativa da linguagem, o que foi defendido por Wittgenstein I na obra *Tractatus*. A linguagem como cópia fiel dos fatos no mundo.¹⁰⁸ Sobre o segundo Wittgenstein, Streck ensina:

[...] parte da ideia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; somente temos o mundo na linguagem. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também o aproxima de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. Cai por terra, assim, a teoria objetivista (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica.¹⁰⁹

Para Wittgenstein II, a linguagem é vista como uma atividade humana, assim como passear, andar etc. A linguagem sempre acontece em um contexto, que deve ser considerado para que ela possa ser compreendida. Os contextos são o que Wittgenstein chama de *formas*

¹⁰⁷ HOLGUÍN, Magdalena. **Wittgenstein y el escepticismo**. Santiago de Calli (Colombia): Editora Universidad del Valle, 1997. p. 62.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 137.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 244-245.

de vida. A linguagem é uma parte da forma de vida, servindo para a interação entre os homens. Para cada modo de vida se tem um modo de uso da linguagem ou um jogo de linguagem.¹¹⁰

Wittgenstein não define *jogo de linguagem*, o que afirma ser impossível, mas dá exemplos do que seriam tais jogos. Afirma que os *jogos de linguagem* teriam três elementos: primeiro, os puramente linguísticos (*palavras*); segundo, os *parceiros* da conversa: A e B; terceiro, a situação linguística (*forma de vida*), o contexto. A linguagem serve à compreensão entre os “parceiros”, conferindo unidade entre elementos linguísticos (palavras) e a situação linguística (contexto).¹¹¹

Manfredo de Oliveira esclarece que, embora Wittgenstein II não conceitue o que seja “jogo de linguagem”, este elemento essencial de seu pensamento deve ser entendido em oposição ao evento natural. No jogo, existem forças de indivíduos e supraindividuais. O indivíduo não age de forma isolada e arbitrária, mas de acordo com regras acordadas com outros indivíduos em seu contexto de vida. A linguagem é natural ao homem, mas não é algo pronto, dependendo da criação e invenção humanas. Assim também é o jogo, o qual não é uma fatalidade. A comunidade do jogo surgirá no ato de jogar, reconhecendo e aceitando as regras. O jogo e a linguagem exigem consenso dos participantes quanto às regras. As regras da linguagem não são gramaticais, meros símbolos (*Tractatus*), mas surgem da interação social.¹¹²

Wittgenstein vai propor que a significação das palavras depende do uso comum, compartilhado, dentro dos jogos de linguagem. O compreender passa a ser pensado a partir dos jogos da linguagem. Os jogos de linguagem são constitutivos do sentido. Esses sentidos são criados de forma pública e intersubjetiva.

2.1.2.4 A Linguagem em Heidegger

Não há como se chegar a Gadamer, cujos pensamentos mais diretamente interessam às pretensões do presente trabalho, sem passar por Heidegger, autor de ensinamentos que serviram de importante impulso àquele.

Ernildo Stein vai recuperar a relação de Heidegger com a filosofia antiga, afirmando que o filósofo alemão aderiu ao “segundo caminho” de Aristóteles, consistente na busca de

¹¹⁰ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 138.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 138-139.

¹¹² *Ibid.*, p. 143-144.

uma “ciência primeira”, que chega antes da própria reflexão a ser realizada pelo homem que conhece. É condição de possibilidade para esse conhecimento.¹¹³ Já se adiantava algo da fenomenologia. Aristóteles trilhou esse mesmo caminho, mas, pelas limitações de sua época, acabou buscando no “motor imóvel” o fundamento de sua filosofia.¹¹⁴

Heidegger afirma que o homem possui a linguagem, a qual o distingue das plantas e dos animais. Afirma o filósofo que a linguagem possui a sua fala, a partir da qual o homem deve pensar.¹¹⁵ É a linguagem pensada a partir da linguagem. Veja que, nessa linha, quando se refere à “fala da linguagem”, Heidegger pretende conferir certa objetividade, que carrega em si a tradição, evitando a subjetividade da “fala do intérprete”.

Para Heidegger, a linguagem é um fenômeno pluridimensional, com vários níveis pesquisados por diferentes ciências. O homem, quando pergunta, o faz dentro de sua tradição cultural. No Ocidente, a linguagem é vista como expressão, como exteriorização da razão, do pensamento. A razão humana utiliza uma matéria, o som, para manifestar-se.¹¹⁶

Na modernidade, o real é o objeto, o material, aquilo que pode ser dominado e manipulado pelo homem. A linguagem aqui é considerada como informação¹¹⁷, através da qual o homem toma conhecimento e domina o ente¹¹⁸. Para Heidegger, essa visão predominante caracteriza a técnica, que revela o real daquilo que é manipulável. Manfredo de Oliveira aduz que “A informação é o modo como a natureza se revela por meio da técnica”. Contudo, não se trata da natureza em si, mas a natureza questionada pelo homem e por ele manipulável.¹¹⁹ O homem escolhe o que questionar. Nesse sentido, ensina Manfredo:

[...] a categoria informação se transforma para Heidegger numa das características da civilização contemporânea, pois o que constitui nossa epocalidade é a predominância dessa forma de desvelamento do real: a informação é a medida do saber necessário à manipulação.¹²⁰

O homem pretende dominar a linguagem, manipulá-la. Ele a visualiza como algo superficial. Não se dá conta de que a informação é apenas um dos aspectos da linguagem.

¹¹³ STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 34.

¹¹⁴ Este tema já foi enfrentado, em extensa nota de rodapé, quando tratado de Aristóteles e suas duas direções.

¹¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 4. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 7-8.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 201-202.

¹¹⁷ É a linguagem de Platão, Aristóteles e do primeiro Wittgenstein.

¹¹⁸ Relação sujeito-objeto. O homem assujeita a coisa.

¹¹⁹ OLIVEIRA, op. cit., p. 203.

¹²⁰ Ibid., p. 203.

É importante salientar que, para Heidegger, não há problema na descoberta da linguagem como informação. O problema existe na absolutização desse aspecto instrumental da linguagem, que transforma as palavras em mero sinal de designação das coisas, com o que se pode dizer tudo, porque elas não dizem nada. O problema é acreditar que existe apenas essa concepção artificial, baseada em cálculos matemáticos. Ocultam-se os conteúdos profundos que existem na linguagem. Essa linguagem artificial informativa parte do paradigma da subjetividade, da consciência, do sujeito-objeto.

Heidegger vai propor um novo paradigma, onde a “linguagem constitui momento fundamental para toda experiência do real”. O filósofo vai em busca da relação originária do homem com a linguagem, a qual é pressuposta em toda ciência e filosofia. Não se trata de ter conhecimento sobre a linguagem, mas de fazer uma experiência com a linguagem.¹²¹

Veja que, pela técnica ou método, o homem procura uma falsa objetividade para fugir da vagueza da linguagem. Entretanto, não se dá conta de que, na verdade, trabalha com a ponta do *iceberg*, facilmente manipulável. E é por isso que Heidegger vai buscar essa relação originária do homem com a linguagem, escondida atrás de seus aspectos mais superficiais.

Nesse sentido, Heidegger vai superar a postura objetivante, que considera a linguagem como um objeto diante do indivíduo. Para ele, todo o pensar ocorre na linguagem. Mesmo quando se fala em linguagem, fala-se a partir dela. Para Heidegger, “A linguagem é o evento de desvelamento do sentido do ser”.¹²²

Heidegger vai partir da fenomenologia de Husserl, que pretendia tematizar a “subjetividade anônima constituidora do mundo objetivo, enquanto mundo de sentido”, para superá-la com o questionamento quanto à condição de possibilidade do dar-se, ou seja, “trata-se de explicitar a esfera de possibilitação do próprio encontro entre subjetividade e o mundo”. Trata-se de buscar o “sentido-fundamento” de qualquer sentido. Busca a filosofia como interpretação do sentido do ser, como ontologia hermenêutica, presente em toda a atividade do homem enquanto estando no mundo. É a busca da revelação do ente, que ocorrerá através do olhar para o ser.¹²³

O *eis-aí-ser* é hermenêutico, ou seja, compreendedor do ser. O homem revela o ser. O ser do *eis-aí-ser* é *existência*, compreensão prévia do sentido do ser. Aquilo que constitui o *eis-aí-ser* é a existencialidade, cuja análise de sua estrutura revela a constituição do ser-no-

¹²¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 204-205.

¹²² Ibid., p. 206.

¹²³ Ibid., p. 206-208.

mundo, superando a “ontologia da coisa” e a “filosofia da subjetividade”. Ocorre uma análise existencial antes de qualquer teorização.¹²⁴

O homem somente é como ser-no-mundo; essa é a faticidade originária. O ser-no-mundo é cuidado, no sentido de temporalidade. A temporalidade é o sentido do ser do eis-aí-ser. É o horizonte de sentido do próprio ser. O eis-aí-ser é ontológico, é verdade original, uma vez que constitui o *a priori* de toda compreensão de ser.¹²⁵ Essa verdade chega antes da subjetividade. É existencialidade.

É nessa linha que Heidegger vai pensar a linguagem, a partir da temporalização do tempo. Em Heidegger a ideia de tempo é mediada pela analítica existencial. O tempo se dá a partir da práxis do homem.¹²⁶

Ernildo Stein vai advertir que a filosofia não é apenas sintaxe (relação entre os signos), pois, se assim fosse, a principal ocupação da filosofia seria a gramática, cuja tarefa filosófica resumir-se-ia à busca por uma linguagem clara, inequívoca, sem problemas sintáticos. É na semântica e na pragmática que a filosofia começa. “Quando nós nos ocupamos apenas da gramática, a Filosofia está de férias”, dirá Stein.¹²⁷

O que for compreendido é articulado e comunicado pela linguagem. O desvelamento do ser, a compreensão originária do ser, vem à palavra pela linguagem.¹²⁸ Mas a linguagem não se limita ao articulado, ela é anterior, é um existencial que permite a compreensão, como será melhor observado.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger afirma que a interpretação ocorre com a apropriação do que se compreende. A linguagem é um fenômeno que atua na constituição existencial da abertura da presença (do *Dasein*; do homem; do ser-no-mundo). É na fala que está o fundamento ontológico existencial da linguagem. A compreensão é articulada na fala. O sentido é o que é articulado na interpretação e, mais originariamente, na fala.¹²⁹ Assim:

A fala é a articulação ‘significativa’ da compreensibilidade do ser-no-mundo, a que pertence o ser-com, e que já sempre se mantém num determinado modo de convivência ocupacional. Essa convivência está sempre falando [...] A fala possui necessariamente esta estrutura, já que constitui também a abertura do ser-no-mundo e sua própria estrutura é pré-moldada por essa constituição fundamental da presença. O referencial da

¹²⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 209.

¹²⁵ Ibid., p. 210-211.

¹²⁶ Ibid., p. 211.

¹²⁷ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijui, 2008. p. 282.

¹²⁸ OLIVEIRA, op. cit. p. 211.

¹²⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 223.

fala é sempre ‘endereço’ dentro de determinados limites e numa determinada perspectiva [...].¹³⁰

Heidegger afirma que é na comunicação que ocorre a “articulação da convivência que compreende”, do ser-com. Ou seja, é na comunicação que ocorre a comunhão de mundos que viabiliza a compreensão. Para o autor, toda fala tem o caráter de pronunciar-se,¹³¹ uma vez que quando a presença (*Dasein*) se manifesta, insere algo seu.

O filósofo sempre pretendeu “elaborar previamente a totalidade ontológico-existencial da estrutura da fala com base numa analítica da presença.” “A presença escuta porque compreende”. Como ser-no-mundo, a presença escuta e é escutada, articulando compreensões. Ainda mais originário é o “ouvir”. Não se ouve ruídos ou sinais acústicos, mas o vento, o fogo etc. Isso somente ocorre porque um existencial permite a compreensão. Portanto, é a compreensão que possibilita a fala e a escuta.¹³²

A linguagem deve revelar o ente em sua verdade e exprimi-lo por palavras. Mas quando o faz, revela mais que o ente, indo em direção ao ser, o *sentido-fundamento* que viabiliza a revelação do ente. É através das palavras que ocorre o desvelamento. Através das palavras o homem vem ao ser.¹³³ Lembre-se, aqui, do já mencionado misticismo lógico de Wittgenstein.

Portanto, para Heidegger, a linguagem situa-se no desvelamento. Existe um *dizer* mais originário que a sentença pronunciada, um “falar temporal originário”, do qual a sentença é algo secundário. Registre-se que ainda se está na linguagem, a qual não é mero dizer. A pronúncia é apenas um de seus aspectos. Ao referir-se à linguagem como algo secundário, Heidegger aduz apenas ao aspecto da pronúncia, do dizer, que não alcança toda a linguagem. Não limita a linguagem ao aspecto instrumental – e que surge posterior ao pensamento, como sustentava Platão. Pelo contrário, em Heidegger, a linguagem, em todas as suas dimensões, é elemento essencial de toda a compreensão.

Esse seria um dos problemas da metafísica do Ocidente, que foca suas reflexões na sentença, não percebendo o papel central da linguagem. A dimensão da sentença é válida, sendo que nela se situam as ciências, mas não atinge a dimensão mais radical e profunda da

¹³⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 224.

¹³¹ Ibid., p. 225.

¹³² Ibid., p. 226-227.

¹³³ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 213.

linguagem, que não ocorrerá pela análise científica e, sim, pelo pensamento filosófico.¹³⁴ Após criticar a fala entendida apenas com enunciado, Heidegger apresenta a estrutura *a priori* da fala como um existencial.¹³⁵

Nesse horizonte, Bertrand Russell ensina que o mero ato de encolher os ombros é considerado uma palavra – ou melhor, um ato de comunicação – na França¹³⁶, o que ocorre também em vários países, como no Brasil. Não existe um enunciado, e, mesmo assim, há uma comunicação, uma linguagem não enunciada.

Manfredo de Oliveira refere que a análise da linguagem feita em *Ser e Tempo*, até aqui comentada, é considerada por muitos como provisória, na medida em que depois Heidegger vai reconhecer que a analítica da existência ainda permanece ligada à filosofia transcendental (ligada ao homem, ao eu, à subjetividade), a qual ele sempre objetivou superar. Agora, a interrogação (realizada pelo homem) cede lugar ao evento. Aduz que “a reviravolta vai, então, significar que a interrogação transcendental, enquanto caminho, vai ceder seu lugar ao próprio evento do ser, que é condição de possibilidade da própria transcendentalidade”. Inverte-se, nessa reviravolta, o movimento. O pensamento que se deslocava do “eis-aí-ser” para o “ser”, em seu sentido, passa a se deslocar do “ser” para o “eis-aí-ser”.¹³⁷ Em síntese, Heidegger teria concluído que primeiro o homem “é”; depois ele “questiona”.

Mas, para Manfredo essa circularidade do pensamento faz parte da ideia heideggeriana. Essa reviravolta, em sua visão, confirma a própria unidade. Entretanto, ele ressalta que, nessa reviravolta, acontece o repensamento do todo, inclusive da linguagem. Inicialmente, a análise concentra-se no eis-aí-ser, especificamente no “aí”, como lugar de manifestação do ser. Agora, seu foco está direcionado para o que possibilita o “aí”, que é o próprio ser. A linguagem será o vínculo do homem com o evento do ser. Por isso, as conhecidas sentenças de que “o ser acontece na linguagem”, e “a linguagem é a morada do ser”. É na linguagem que o ser, como evento de verdade, se desvela. O homem é, existe, como manifestação do ser, que ocorre pela linguagem.¹³⁸

Jean Grondin também concorda que não ocorreu uma revisão fundamental, embora não negue a mudança. Esclarece que, nesse segundo momento, para Heidegger, o “ser-aí” não

¹³⁴ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 214.

¹³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 229.

¹³⁶ RUSSELL, Bertrand. **Fundamentos de filosofia**. Tradução de Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 50.

¹³⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 214-215.

¹³⁸ Ibid., p. 215.

é mais o “autor potencial de seus esboços de compreensão”, na medida em que recebe tais esboços da história do ser, cujo esclarecimento é a primeira tarefa da interpretação.¹³⁹

Manfredo de Oliveira adverte que essa linguagem referida por Heidegger é aquela em seu sentido original, entendida como “mostrar, deixar aparecer, ver, ouvir”. Através da linguagem, o ser aparecerá como sentido. O ser surge como linguagem. Portanto, é ela o caminho para o mundo¹⁴⁰, que existe através do sentido, trazido pelo ser.

A Filosofia busca explicitação do sentido, a partir do ser-no-mundo, do ser envolto numa práxis determinada. Ela não pretende fazer ciência (pesquisa do ente), mas estudar o espaço hermenêutico, a questão do sentido do ser, que será pressuposto de toda a ciência. Conforme já mencionado, Heidegger não é contra a ciência ou a lógica, mas a favor de um conhecimento que é condição de possibilidade da ciência e da lógica. A ontologia hermenêutica objetiva tematizar o sempre presente na práxis, o ser, que é condição de possibilidade para o conhecimento. Para Heidegger, a representação e a práxis instrumental situam-se no nível dos objetos (representação de um objeto ou ação sobre objetos). O ser não é objeto, mas, sim, espaço que propicia a representação e a práxis. Assim, Heidegger vai considerar que a filosofia de seu tempo, ao buscar a ciência, desconhece a sua própria tarefa.¹⁴¹

O ser é o *sentido-fundamento* da significação. Na ciência, o ser é limitado ao empiricamente verificável. O que escapa ao verificável, o mundo de sentido, o ser como sentido-fundamento, é desprezado. O ser não depende do sujeito, da subjetividade; ele simplesmente se dá. Esse dar-se permitirá compreender a parcialidade de uma epocalidade.¹⁴² Na medida em que não se pode corrigi-la, ela simplesmente se dá e transmite, através da tradição, o sentido.

O homem é originariamente linguagem, mantendo diálogo com o ser, com o sentido originário. Esse diálogo é incondicionado e inevitável, muitas vezes proveniente da “escuridão do inconceituável previamente”.¹⁴³ Esse contato simplesmente acontece, muitas vezes despercebido.

¹³⁹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 175.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 215.

¹⁴¹ Ibid., p. 216-217.

¹⁴² Ibid., p. 220.

¹⁴³ Ibid., p. 220-221.

Ao tratar do *a priori*, Stein ensina que se trata de um conhecimento prévio, ligado à linguagem muito além da linguagem empírica, e que viabiliza o compreender.¹⁴⁴ Ou seja, esse *a priori* que existe na linguagem não é apenas alimentado pela experiência, mas por tudo que é legado pela tradição.

Ao ser questionado sobre o significado de “hermenêutico”, Heidegger afirma que deve ser entendido como determinado verbo grego, que significa “aquele expor que traz notícia, enquanto ele capacita a ouvir a mensagem”. Para Grondin, Heidegger nunca esteve tão perto da tradição hermenêutica como nesta passagem. Essa mensagem somente pode ser trazida pela linguagem. Para Heidegger, é a linguagem que carrega “a relação hermenêutica”. A pergunta pela hermenêutica é a mesma pergunta sobre a linguagem. Essa é uma comunicação que deve ser entendida. O hermenêutico nada mais é que outra palavra para linguagem, como notícia e escuta.¹⁴⁵

2.1.2.5 Linguagem em *Gadamer*

Chega-se ao final da jornada de visitas aos principais autores que auxiliam na construção desta parte da pesquisa. Encerra-se com Gadamer, cujos aportes, como mencionado, são de fundamental importância para a Crítica Hermenêutica do Direito, escola a partir da qual se propõe a presente reflexão, e cujos contornos essenciais serão analisados em outro capítulo.

Hans-Georg Gadamer nasceu em 11 de fevereiro de 1900, em Marburg, Alemanha. Ao atingir a maioridade, matriculou-se em um curso de introdução às ciências humanas na Universidade de Breslau, o que foi uma decepção para seu pai, cientista. Em 1919, Gadamer iniciou seus estudos de filosofia na Universidade de Marburg. Foi em 1922 que Gadamer encontrou-se com Heidegger em Freiburg, resultando em sua mudança para esta cidade, com o objetivo de frequentar as aulas de Heidegger. Amizade e desentendimentos marcaram a relação entre os dois, entre idas e vindas, até 1976, ano da morte de Heidegger. Sem dúvida, Heidegger foi a figura mais importante no desenvolvimento intelectual de Gadamer. Sua reputação internacional veio em 1960, com a publicação de *Verdade e Método*. Gadamer afastou-se da vida universitária em 1968. Faleceu em 2002, aos 102 anos de idade.¹⁴⁶

¹⁴⁴ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 289.

¹⁴⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 176-177.

¹⁴⁶ LAWN, Cris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 31-40.

Durante a sua trajetória, Gadamer apresentou os fundamentos de sua “hermenêutica filosófica”, a qual possui com elemento principal a linguagem. Rohden lembra que esta possui duas orientações. A primeira, na linha de Platão e de alguns escritos de Aristóteles, reporta a uma linguagem convencional e designativa de “conteúdos já pensados”, preocupada com a representação, designação dos objetos, como se verifica na obra *Tractatus* do primeiro Wittgenstein. Outra, que considera a linguagem um acontecimento original, como “acepção de mundo”, como acontecer. Essa segunda orientação é fundamental no pensamento desenvolvido por Gadamer,¹⁴⁷ partindo de Heidegger.

Para Gadamer, a linguagem é o meio da *experiência hermenêutica*. É através da linguagem que ela ocorre. Na conversação autêntica, os interlocutores não possuem seu domínio. Ela toma seus rumos, e os resultados não podem ser previstos pelos interlocutores. A linguagem possui a sua própria verdade, desvelando algo.¹⁴⁸ A *experiência hermenêutica* é a compreensão. A compreensão do que é dito por alguém ocorre quando se põe de acordo com a linguagem, e não quando se coloca no lugar do outro. É essa conversação que permitirá a compreensão.¹⁴⁹

Todo o processo de compreensão envolve linguagem. É na linguagem que ocorre o acordo entre os interlocutores e o entendimento sobre a coisa.¹⁵⁰ Somente com este acordo é que se pode compreender. Ele é responsável pela comunhão de mundos que viabiliza o compreender.

Em importante passagem, Gadamer ensina que a conversação também existe entre o *texto escrito* e o *intérprete*, com a característica de que aquele somente “fala” através deste. O intérprete converte os signos em sentido, trazendo o tema escrito à linguagem. Assim como na conversação falada, é o tema, o assunto, que liga texto e intérprete. Este participa do sentido do texto. Na atribuição de sentido do texto, já se encontram em jogo os pensamentos do intérprete. É a *fusão de horizontes* que caracteriza também a forma da conversação.¹⁵¹ O horizonte do texto é fundido ao horizonte do intérprete. A tradição escondida no texto é revelada e considerada através dos pré-conceitos do intérprete. Essa é uma tensão constante. O próprio texto é fruto da conversão da linguagem em signo.

¹⁴⁷ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 222.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 497.

¹⁴⁹ Observa-se que Gadamer transita sempre em uma linguagem pública, constituída intersubjetivamente, que não pertence aos interlocutores, os quais não possuem controle/domínio sobre ela. Portanto, a constituição dos sentidos não pode ser arbitrária.

¹⁵⁰ GADAMER, op. cit., p. 497.

¹⁵¹ Ibid., p. 502-503.

Grondin destaca que, na filosofia ocidental, dominou a *lógica locucional* (ou do enunciado), na qual o enunciado é portador de todos os sentidos. Isso é criticado por Gadamer (como também o fora por Heidegger), afirmando que essa lógica é responsável por graves consequências. É contra essa lógica locucional, portanto, que se ergue a hermenêutica da conversação. Somente através da conversação é que uma locução pode ganhar sentido através do contexto motivacional. A ideia da lógica locucional conecta-se com a de método, tornando controlável determinados domínios. Mas a compreensão da linguagem não permite esse isolamento, pois resulta também da *tradição* em contínua formação, ou seja, da “pertença a uma conversação”. É isso que dará significado ao que foi expresso.¹⁵² A locução não revela tudo o que existe. A linguagem é mais que o enunciado.

O *fenômeno hermenêutico* apresenta-se como na relação entre pensar e falar, com a linguagem ocultando-se no pensamento. A conversação (o desocultamento da linguagem) e a interpretação partem da dialética da pergunta e da resposta, que se realiza no *medium* da linguagem. Nas palavras de Gadamer: “O caráter de linguagem da compreensão é a concreção da consciência da história efetual”.¹⁵³

Gadamer ensina que a essência da tradição está no seu caráter de linguagem. É a “tradição de linguagem”. Será autêntica na medida em que não se trata de um resíduo ou vestígio do passado, mas o que é transmitido, o que foi dito, seja pela tradição oral ou pela escrita.¹⁵⁴ A tradição autêntica contém aquilo que de valioso a história legou e que vem ao intérprete pela linguagem.

A escrita é uma forma de alienação, cuja superação ocorrerá com a leitura do texto, com a reconversão dos signos em linguagem, tarefa maior da compreensão. Nessa reconversão se estabelece uma relação com o tema, com o assunto de que se fala, cujo sentido é mediado pela tradição da linguagem.¹⁵⁵ O intérprete, ao retirar o texto dessa alienação, o faz a partir de seus pré-conceitos.

Nessa linha, ensina Gadamer que, diante do texto, “[...] a linguagem alcança sua verdadeira espiritualidade, pois, frente à tradição escrita, a consciência compreensiva alcançou sua plena soberania”. Assim, a consciência leitora, que é histórica, comunicar-se-á livremente com a tradição histórica. O texto adquire existência autônoma, independentemente

¹⁵² GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 197.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 504.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 504.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 506.

do escritor e do destinatário, podendo participar de seu sentido todo aquele que possa ler.¹⁵⁶ Para Gadamer, “todo o escrito tem a pretensão de, autonomamente, despertar e ganhar vida no elemento falado... [...]”¹⁵⁷ O intérprete “conversa” com o texto, não com quem o elaborou. Essa é a alienação, a autonomia, do texto, o qual não é vinculado ao escritor, ao pretense destinatário ou ao leitor originário.

Portanto, quando se escreve, realiza-se a conversão da linguagem em signo. É claro que, ao fazer isso, o autor também compreenderá de acordo com a sua situação histórica, com seus preconceitos. Por sua vez, sempre que se compreende um texto, realiza-se uma reconversão do signo em linguagem. Esta linguagem possui o sentido confiado pela tradição que nela é encontrada, ainda que o intérprete não se dê conta ou prefira não a observar. É a compreensão, com todas as suas condicionantes, que dará o sentido. Pode-se dizer que a tradição faz parte do “ser” que será condição de possibilidade para a compreensão. Nas palavras de Gadamer: “[...] Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião para ocasião”.¹⁵⁸

Destaca Gadamer que a tradição é o elemento preferencial da compreensão. E a tradição possui natureza de linguagem. Mas a própria compreensão possui relação com o caráter de linguagem. A compreensão é sempre interpretação, constituindo o horizonte hermenêutico, no qual ganha validade a intenção de um texto. Para isso, precisa-se traduzir tal intenção para a língua do intérprete, o que ocorrerá diante do conjunto de intenções do intérprete. Eis o caráter hermenêutico de toda a compreensão.¹⁵⁹ Observe-se que intenção aqui nada tem a ver com subjetividade, mas com os efeitos objetivos da história efetual.

A compreensão, como experiência hermenêutica, constitui o horizonte no qual se descobre a intenção do texto. Mas, para que isso ocorra, o intérprete deve acessar o texto, e o fará através da linguagem. A linguagem é elemento fundamental da compreensão. Ela traz o sentido do texto (tradição de linguagem), e é através dela que o intérprete consegue acessar aquele sentido. Mas não se pode esquecer que, para este sentido, o intérprete também participa.

O indivíduo somente compreende porque algo da tradição serve como direção. Contra a lógica locucional, Gadamer desenvolve a *lógica hermenêutica* da pergunta e da resposta,

¹⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 506-507.

¹⁵⁷ Ibid., p. 510.

¹⁵⁸ Ibid., p. 512.

¹⁵⁹ Ibid., p. 512.

entendendo compreensão como participação em uma conversação (ou tradição), na qual não existem enunciados afirmativos, mas perguntas e respostas que geram nossas interrogações.¹⁶⁰ Essa tradição existe na linguagem e vem ao intérprete pela linguagem.

Diferentemente, o historiador escolhe os conceitos com os quais irá trabalhar, sem refletir sobre a sua origem e justificativa. Em realidade, ele não se dá conta da atuação de seus conceitos prévios.¹⁶¹ Com isso, a reflexão não atinge o nível exigido. E isso fica mais grave quando o historiador toma consciência dessa problemática e passa a exigir o afastamento de seus conceitos e a necessidade de pensar como os indivíduos da época em questão.¹⁶² O filósofo não pode ser um historiador, no sentido de apenas estudar o passado, uma época, com a pretensão de neutralidade de alguém não pertencente à tradição.¹⁶³

Afastar os conceitos do presente implica afastar a própria condição de possibilidade do compreender, na medida em que se pensa historicamente, convertendo conceitos do passado ao pensamento do intérprete, que possui seus conceitos.¹⁶⁴ Esses conceitos podem ser legítimos ou não. O fundamental é que o intérprete se dê conta deles, para afastá-los, quando indevidos.

Lembra Palmer que a compreensão humana é histórica, linguística e dialética. A consciência histórica é composta por uma mediação entre o passado e o presente, que ocorre universalmente através da linguagem.¹⁶⁵ Nessa linha, sobre essa experiência hermenêutica, ensina:

[...] a linguagem é finita e histórica, é um repositório e um condutor da experiência do ser que se tornou linguagem no passado. A linguagem tem que nos levar a compreender o texto, a tarefa da hermenêutica é tomar a sério a linguisticidade da linguagem e da experiência e desenvolver uma hermenêutica verdadeiramente histórica.¹⁶⁶

O “ser” tornou-se “linguagem”. A linguagem, então, carrega o ser, que permitirá a compreensão. O intérprete deve levar a sério esse aspecto da experiência hermenêutica. A hermenêutica possui como missão expor o ser que se tornou linguagem.

¹⁶⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 198.

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 512.

¹⁶² *Ibid.*, p. 513.

¹⁶³ Registre-se a existência de famoso debate entre Gadamer e Reinhart Koselleck sobre “história e hermenêutica”. KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans Georg. **Historia y hermenêutica**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

¹⁶⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 513.

¹⁶⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 214.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 215.

A história interpela, apresenta-se. Tais características não pertencem apenas à história, são universais. É a *especulatividade* – que, para Gadamer, é a característica universal do próprio ser – que leva Palmer a afirmar que seria mais correto classificar a hermenêutica dialética de Gadamer de hermenêutica especulativa.¹⁶⁷

Portanto, a compreensão é um evento histórico, dialético e linguístico, que ocorre em todos os lugares, cuja chave é a participação e a abertura. A compreensão passa de um “ato do homem” para um “evento no homem”, do qual ele não tem o controle, mas dele participa através da experiência e da fusão de horizontes.¹⁶⁸

Essa forma de compreender não é uma opção do intérprete. É assim que a compreensão se apresenta, compulsoriamente. O intérprete, desejando ou não, possui seus pré-conceitos, os quais constituem a condição de possibilidade da própria compreensão. Por evidente, cabe ao intérprete filtrá-los, utilizando, na compreensão, apenas aqueles pré-conceitos legítimos.

Reitere-se que o indivíduo possui seus pré-conceitos e estes guiarão sua compreensão, não havendo qualquer problema nisso. O problema existirá quando o intérprete não se der conta de que eles existem, o que impedirá que afaste os pré-conceitos ilegítimos ou, quando mesmo dando-se conta, prefira desconsiderar os pré-conceitos legítimos. Em ambos os casos a compreensão estará viciada. É contra esse vício que a Crítica Hermenêutica do Direito também luta. O intérprete deve se dar conta de seus pré-conceitos. Deve seguir os legítimos e afastar os ilegítimos.

Ernildo Stein destaca que, nas filosofias modernas da subjetividade, às respostas são confiadas ao sujeito transcendental e absoluto.¹⁶⁹ Este sujeito não conversa, não reconhece seus pré-conceitos e, portanto, desconsidera os limites de sua compreensão.

O *processo hermenêutico* proposto por Gadamer ocorre na fusão de horizontes, criando um horizonte de interpretação. Por sua vez, é através da interpretação que o texto deve vir à fala, e isso somente ocorrerá se a linguagem utilizada estiver ao alcance do outro. Interpretar é a realização da própria compreensão. Devido ao seu caráter de linguagem, cada interpretação tem referência a outras.¹⁷⁰

A linguagem, às vezes, não consegue exprimir o sentimento do intérprete, o que poderia levar a uma crítica à linguagem. Entretanto, isso não muda sua primazia. O

¹⁶⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 215-216.

¹⁶⁸ Ibid., p. 216-217.

¹⁶⁹ STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 35.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 514.

esquematismo do qual muitas vezes o intérprete é refém deve ser superado pela universalidade da razão, com uma infinitude que supere qualquer fronteira. A linguagem ganha proximidade com a razão, isto é, com a coisa que nomeia.¹⁷¹

É a universalidade da razão pensante que permitirá a superação da barreira aparente da linguagem, entendida como vinculação à língua falada pelo intérprete, e que impediria compreender uma tradição estranha. Na filosofia da linguagem, apura-se como, na multiplicidade de linguagens, cada língua consegue dizer tudo o que deseja. Por sua vez, para Gadamer, o que interessa é como, nessa diversidade, é possível estabelecer uma unidade de pensar e falar, o que permitirá que qualquer tradição escrita possa ser compreendida.¹⁷²

A função universal do caráter de linguagem consiste em que o fenômeno hermenêutico se revela em seu caráter de linguagem. E essa linguagem envolvida no falar e no pensar não pode ser pensada apenas em seu aspecto formal, mas também no conteúdo que transmite.¹⁷³

Nessa trilha, Palmer observa que a formação das palavras ocorre na experiência, e não na reflexão. Não pode a forma ser considerada o ponto de partida da linguagem. O que importa é o conteúdo, o que ela transmite historicamente.¹⁷⁴

A experiência do mundo já reside na linguagem. A linguagem revela o mundo.¹⁷⁵ Ela traz consigo a tradição. Palmer ensina:

A experiência hermenêutica, como já notamos, é um encontro entre a herança (sob a forma de um texto transmitido) e o horizonte do intérprete. A linguisticidade fornece o chão comum no qual e sobre o qual se podem encontrar. A linguagem é o meio em que a tradição se esconde e é transmitida. [...] ¹⁷⁶

O indivíduo pertence e participa da linguagem e da história. Isso é que torna possível a existência de um horizonte comum. O falar cotidiano permite que o não dito também venha ao conhecimento, formando uma unidade que permite a compreensão da “fala”, não apenas pelo que foi “dito”. A fala ocorre especulativamente porque suas palavras expressam mais do

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 519-520.

¹⁷² Ibid., p. 520-521.

¹⁷³ Ibid., p. 523-524.

¹⁷⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 206-207.

¹⁷⁵ Ibid., p. 209.

¹⁷⁶ Ibid., p. 210.

que é dito.¹⁷⁷ Por isso, o “dizer”, o “falar”, sempre enunciam menos do que existe na linguagem, e mesmo assim as palavras transmitem mais do que o enunciado.

Adverte Grondin que Gadamer propõe uma teoria hermenêutica da linguagem, em que é preciso descobrir o não dito, a “conversação interior”. Não se trata de algo místico, mas da escolha do horizonte da linguagem como ponto de partida. Mais especificamente, o horizonte do enunciado. Entretanto, deve ficar claro que não se trata de sustentar que todas as experiências de mundo realizam-se em um falar, e que tudo que é pode ser enunciável. A linguagem é o único recurso para a conversação interior.¹⁷⁸

A compreensão, configurada e que ocorre pela linguagem, deve ser capaz de captar todo o conteúdo da linguagem para chegar ao “ser”. Vive-se em uma constante busca de linguagem para expressar aquilo que se tem na alma. O *processo hermenêutico* da compreensão consiste na contínua tentativa de “inserção da palavra” e na busca de uma linguagem compartilhável. É este processo que fundamenta a universalidade da hermenêutica.¹⁷⁹

É a tradição que legará a linguagem compartilhada. O conteúdo da tradição, como história compartilhada, constituirá o sentido do “ser”. Portanto, supera-se a linguagem privada, em que o homem define sentidos de maneira igualmente privada, e chega-se em uma linguagem pública, fruto da conversação, da intersubjetividade, cujos sentidos não se encontram à disposição do intérprete.

2.1.2.6 A Virada Linguística

A evolução descrita anteriormente, a partir de Wittgenstein, representa o que se costuma chamar de *virada linguística*, que ocorre com a invasão da linguagem na filosofia, como foi possível perceber.

Lenio Streck ensina que a consciência linguística da filosofia ganha força na segunda metade do século XX. Com Habermas, lembra que a passagem da “filosofia da consciência” para a “filosofia da linguagem” serviu para afastar o círculo aporético consistente no choque entre o pensamento metafísico (idealismo) e antimetafísico (materialismo).¹⁸⁰

¹⁷⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 210-212.

¹⁷⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 199.

¹⁷⁹ Ibid., p. 200.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 239.

É de fundamental importância o ensinamento de Streck no sentido de que a “viragem linguística”, como “guinada paradigmática”, repercute na invasão da filosofia pela linguagem sob três frentes.

A primeira frente corresponde ao *neopositivismo lógico* ou *empirismo lógico*, nascido com o Círculo de Viena na década de 20, com a busca da construção de uma linguagem ideal. Sustentava-se que o conhecimento podia ser obscurecido por perplexidades de naturezas linguísticas, sendo que a missão da filosofia deveria se dar afastada de qualquer indagação metafísica, mediante questionamentos estritamente linguísticos. Propunha o rigor linguístico, com estudo científico da linguagem. Os dados do mundo deveriam ser traduzidos em uma linguagem rigorosa. Buscava-se elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural.¹⁸¹ Importante lembrar que o primeiro Wittgenstein serviu de inspiração ao Círculo de Viena.

A linguagem para o neopositivismo seria objeto da semiótica, na medida em que trabalha o signo, entendido como unidade de análise do sistema linguístico, em uma relação bifásica. O signo possui três tipos de relações: sintática, semântica e pragmática.

A *sintática* é a relação entre os signos. No plano da sintaxe, é analisado se o enunciado está “deonticamente modalizado”. A *semântica* possui por objeto a relação entre os signos e os objetos designados. Estuda a maneira pela qual as palavras aplicam-se aos objetos. Nesse plano, a preocupação será com a verdade do enunciado como condição de sentido. Somente o enunciado empiricamente verificável, que se situa no plano fático, será semanticamente significativo. Aqueles que extrapolam o plano fático não possuem sentido. Importante registrar que a semântica pressupõe a condição sintática, sendo que as duas formam o que pode ser denominada de “condição positivista de sentido”. Pode-se perceber que tais critérios positivistas não consideram os âmbitos ideológicos de significação, com o objetivo de construir o “mito do referente puro”.

No âmbito do Direito, a análise semântica foi trabalhada por Hans Kelsen e Alf Ross. O primeiro entendeu possível a verificação em relação ao conteúdo de uma norma e o conteúdo de uma proposição. Para Kelsen, os enunciados jurídicos teriam sentido semântico porque afirmam a validade de uma norma, o que precisa ser verificado. Já Alf Ross vai afirmar que a norma é vigente quando aplicada pelos Tribunais. É um positivismo fático.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 240-241.

Streck critica essa ideia por deixar de lado, desqualificar, os diversos âmbitos que influenciam na significação.¹⁸²

Por sua vez, a relação *pragmática* é aquela estabelecida entre o signo e o usuário. Trata do uso da linguagem. Considera que fatores intencionais alteram a significação das palavras e expressões. O contexto comunicacional modifica a estrutura conceitual da expressão. A pragmática permite a descoberta de relações entre a lei e outros fatores, como políticos. A ideologia pode ser considerada uma dimensão pragmática da linguagem, com potencial para alterar conceitos.

Essa dimensão pragmática não interessava ao neopositivismo, pois implicava axiologização dos enunciados. Streck refere que, para Umberto Eco, os resultados do neopositivismo lógico foram importantes para as ciências exatas, mas enganadores para as ciências humanas. Aceitavam apenas o uso de símbolos absolutamente unívocos, que raramente ocorrem na vida humana, ao passo que desconsideravam o discurso cotidiano, político, afetivo, entre outros, que não podem ser resumidos à verificação fisicalista.¹⁸³

A segunda frente corresponde ao segundo Wittgenstein (ou Wittgenstein II ou segunda fase). Trata-se do pensamento de Wittgenstein da obra *Investigações Filosóficas*, que rompe com o pensamento apresentado no *Tractatus*, base da teoria neopositivista. Para o primeiro Wittgenstein, a linguagem seria reflexo do mundo e deveria anunciar sua estrutura ontológica. Defendia a existência de um mundo em si, que existe independente da linguagem. A linguagem apenas o exprimiria. A linguagem perfeita seria capaz de reproduzir com precisão a estrutura ontológica do mundo. Diante das imprecisões da linguagem comum, devia-se conceber uma linguagem ideal, que seria a medida de todas as linguagens. A linguagem permanece com sua característica de instrumentalidade.

A partir da obra *Investigações Filosóficas*, o pensamento de Wittgenstein segue outro caminho. O pensador austríaco percebe que somente se tem o mundo na linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do conhecimento. Não existe essência ou linguagem ideal. Isso seria uma ilusão metafísica. A significação das palavras depende muitas vezes do contexto socioprático, o que Wittgenstein denominará de “formas de vida”. Nesse

¹⁸² Nesse sentido, Severo Rocha advertiu: “[...] estas concepções epistemológica, como é o caso do positivismo lógico, ao identificarem ciência e linguagem, a partir de uma atitude reducionista que pensa a linguagem como uma estrutura textual autossuficiente, descobrindo a significação no interior do próprio sistema por ela criado, esquecem as outras cenas de produção da significação [...]”. ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 25.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 241-243.

ponto, Wittgenstein II aproxima-se de Heidegger.¹⁸⁴ Em conclusão, partindo da visão semiótica, pode-se dizer que os problemas semânticos somente serão resolvidos com a pragmática.¹⁸⁵

A terceira frente apresenta-se com o desenvolvimento da *filosofia da linguagem ordinária ou comum*. A linguagem passa a ser vista como instrumento de comunicação e dominação social. A linguagem como ação em uma filosofia pragmática da linguagem. Com Frédéric Nef, Streck afirma que a obra de Wittgenstein abre dois caminhos: o primeiro consiste em uma “filosofia da linguagem reformadora”, baseada na interpretação positivista do *Tractatus*; a segunda, uma “filosofia da linguagem comum (ordinária)”, tendo Austin seu melhor representante. Austin será o primeiro a distinguir duas dimensões no enunciado: uma *constatativa*, que descreve a realidade; outra *performativa*, em que o enunciado é um ato não linguístico. Ele abriu um campo novo na filosofia da linguagem, a pragmática. Na linha de Wittgenstein, para Austin, a linguagem é ação social, é o horizonte a partir do qual se expressa a realidade. Entretanto, Austin vai além de Wittgenstein, que considera a linguagem ordinária perfeita, ao entender que a linguagem ordinária é a primeira palavra, mas não a última. Em razão de suas inadequações e arbitrariedades, a linguagem necessita de pensamento crítico para aperfeiçoá-la, o que ocorrerá com a observância do contexto socioprático, no qual estão os pressupostos dos atos de fala. Partindo de Manfredo de Oliveira, Streck observa que a filosofia da linguagem ordinária aproxima-se da hermenêutica na consideração do contexto intersubjetivo como essencial para o sentido.¹⁸⁶

O sentido não está mais na consciência do sujeito, mas na linguagem.¹⁸⁷ “A linguagem é o que está dado”, afirma Streck, lembrando que “[...] a viragem (giro) ontológico-linguística¹⁸⁸ se coloca como o que *precede* qualquer relação positiva. Não há mais um “sujeito solitário”; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito”.¹⁸⁹ E conclui Streck:

[...] A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma

¹⁸⁴ Observe-se que essa segunda fase, correspondente à mudança no pensamento de Wittgenstein, já foi analisada com mais profundidade neste trabalho, para onde se remete o leitor.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 244-247.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 247-249.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 254.

¹⁸⁸ Streck acrescenta o ontológico na medida em que a fenomenologia heideggeriana, a partir da qual trabalha a hermenêutica filosófica, liga-se a “questão do ser” – e não apenas à compreensão. Trata de uma ontologia fundamental, ligada ao modo de ser do ser humano, que é prévia à compreensão. Refere-se a uma pré-estrutura da compreensão, algo sempre pressuposto. *Ibid.*, p. 253-254.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 256.

verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica é, assim, a consagração da finitude.¹⁹⁰

No prefácio da obra *Introdução à Hermenêutica Filosófica*, Jean Grondin refere a um diálogo que manteve com Gadamer. Na ocasião, perguntou em que consistia o aspecto universal da hermenêutica. Gadamer respondeu que esse aspecto estaria na palavra interior (*verbum interius*), no fato de que não se pode dizer tudo que está na alma. Após uma inicial perplexidade, decorrente de uma aparente contradição do pensamento do autor, Jean Grondin compreendeu que, de fato, o pronunciado sempre fica aquém da palavra interior, cuja recuperação permitirá a adequada compreensão daquele. Nesse sentido, ensina Grondin:

Para a hermenêutica, no entanto, a declaração, expressando-o na linguagem exagerada de ‘Ser e Tempo’, é algo secundário e derivado. O ater-se ao declarado (à locução) e à sua disponibilidade esconde o batalhar por linguagem, que perfaz o ‘verbum interius’, a palavra hermenêutica. Sob a palavra interior, no entanto – seja isso clareado de uma vez por todas –, não se imagina nenhum mundo privado ou psicológico anterior, que já estaria estabelecido antes da expressão verbal. Trata-se daquilo que tende a exteriorizar-se na linguagem pronunciada. A linguagem exteriorizada é a depositária de um anseio que deve ser ouvido como tal. Não existe um mundo ‘pré-linguístico’, porém apenas um mundo direcionado para a linguagem, que procura expressar o pronunciável na palavra, sem que o consiga plenamente. Esta dimensão hermenêutica da linguagem é a única universal.¹⁹¹

Na palavra interior não existe nada de privado, pertencente exclusivamente ao intérprete. Ela é composta por esse mundo compartilhado, tão essencial para a compreensão do pensamento de Gadamer, e que orienta e limita a compreensão.

2.1.3 A Superação das Metafísicas Objetivista Clássica e Subjetivista Moderna pela Linguagem/Intersubjetividade na Interpretação do Direito

Por muitos anos a atividade interpretativa do Direito tem sido objeto de estudo pela doutrina. Grandes doutrinadores trataram do tema, apresentando entendimentos completamente opostos. Alguns, sustentando uma postura objetivista, identificando texto e norma, limitando o papel do sujeito a uma forma mecânica de aplicação do Direito. O texto

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 256-257.

¹⁹¹ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999. p. 21.

traria em si a sua essência, o seu sentido. Outros, apresentando uma postura subjetivista, separando texto e norma, considerando o sujeito como o “dono” do sentido do texto jurídico.

Conforme já analisado, no século XX a interpretação passa a ser vista sobre um novo ângulo, com a virada linguística ou o *linguistic turn*. Ocorre a invasão da filosofia pela linguagem. Esta deixa de ser uma terceira coisa, um instrumento entre um sujeito e uma coisa, para ser considerada “condição de possibilidade” da compreensão. Os sentidos estão na linguagem, reveladora da tradição.

Nesse ponto, é importante que sejam analisados, ainda que superficialmente – e no limite do relevante para a presente pesquisa –, os paradigmas filosóficos que estão presentes e orientam – ou deveriam orientar – a atividade interpretativa.

2.1.3.1 O Paradigma Filosófico Clássico (Objetivista): o homem assujeitado pela coisa

No paradigma filosófico clássico (postura objetivista), texto e norma (sentido do texto) são a mesma coisa. O texto traz em si a sua norma, seu sentido, e ao intérprete não cabe qualquer análise subjetiva. A atividade do intérprete fica presa ao objeto, que é “dado ao conhecimento”. O sujeito que conhece é aprisionado ao objeto, cabendo ao intérprete apenas revelar/extrair o sentido da lei, que é apresentada como algo pronto e acabado.¹⁹² O sujeito é “assujeitado” pelo objeto. No objeto, encontra-se a “essência” a ser apresentada pela interpretação.

As posturas objetivistas sustentam que cabe, por exemplo, ao juiz, na sua atividade judicial, simplesmente aplicar a lei, sem qualquer interpretação ou atribuição de sentido. O texto legal seria completo e atenderia às situações futuras.

O objetivismo adota o “dogma da subsunção”, que possui características importantes e que devem ser consideradas no aspecto político-jurídico e no aspecto técnico-operacional. No âmbito “político-jurídico”, sendo o Direito equiparado à lei, exclui-se o problema da justiça no Direito. Afinal, a lei foi criada pelo povo e não pode ser injusta. Na esfera “técnico-operacional”, que se refere à aplicação do Direito/Lei através da subsunção, opera-se simplesmente aplicando a lei universal ao caso concreto.¹⁹³

Streck traz importante observação ligada ao dogma da subsunção, ressaltando que, nesses casos, tem-se “[...] o monopólio da decisão efetiva no plano da política, e não,

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 102-103.

¹⁹³ Ibid., p. 106-107.

propriamente, da juridicidade.”¹⁹⁴ É na esfera da política que ocorrerão as discussões, cuja conclusão – tornada texto legal – será dada ao julgador para simplesmente aplicá-la. Observe que a subjetividade existe, mas está no parlamento.

Para melhor compreensão deste paradigma, é importante verificar como, na evolução histórica¹⁹⁵, várias escolas/posturas adotaram o paradigma filosófico clássico de postura objetivista, o que será feito com a análise da *Escola da Exegese* francesa e da *Jurisprudência dos Conceitos* alemã.

2.1.3.1.1 A Escola da Exegese

O exemplo clássico de postura objetivista é o positivismo exegético ou o positivismo da *Escola da Exegese*. Para situar o leitor, é preciso que se tenha em mente a situação histórica quando da origem das ideias do positivismo exegético.

No início do século XIX, na França, os juízes – herdados do *Ancien Régime* – “afrontavam” a vontade de Napoleão e da burguesia nascente, interpretando a legislação de forma considerada “arbitrária” – ou perigosa – pelo regime em vigor. Assim, era imperativo que a atividade dos juízes fosse controlada, evitando que decidissem com base em outros fatores, que não a estrita legalidade. Os fundamentos da decisão já haviam sido discutidos no âmbito político e estavam expressos na legislação, bastando ao julgador, objetivamente, aplicá-la.

Nesse contexto histórico é que surge a *Escola da Exegese*. Defendia a ideia central de que o intérprete deve buscar a chamada *mens legislatoris*, ou seja, a vontade do legislador,¹⁹⁶ ou, ainda, o que ele queria dizer ao elaborar a lei. Aduzia que as palavras carregavam a vontade originária do legislador (que seria a essência). A lei seria a única fonte jurídica, e o intérprete não teria maior espaço para atuar, além de descobrir a vontade dos criadores da lei.

Da mesma forma, pregava-se que a lei era perfeita e não possuía qualquer lacuna. O juiz deveria aplicar a lei, inclusive para dizer que não existe regulamentação para a tutela

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 108.

¹⁹⁵ Por cautela, deve-se deixar claro que a “evolução histórica” mencionada é no sentido de “linearidade”, da sequência das escolas/posturas no tempo, e não no sentido de “progresso”.

¹⁹⁶ Embora não seja o *lugar de fala* da presente pesquisa (que é a atividade do intérprete), pode-se notar que se tem um aspecto subjetivista presente na escola da exegese, ou seja, a vontade do legislador. A luta era contra o subjetivismo do juiz.

pretendida.¹⁹⁷ Argumentos de sociologia e filosofia não deveriam pautar a atuação do aplicador do Direito, que estava limitado a aplicar a lei, de forma mecânica.

Ao tratar do positivismo jurídico exegético, Mario Losano observa as suas características, destacando: “o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido”, sendo que eventual dissenso deve ser atacado em reforma legislativa; “vincula o jurista unicamente à interpretação literal ou lógica da norma: interpretações que se refiram de algum modo aos valores são inadmissíveis porque não científicas”.¹⁹⁸

Em síntese, por circunstâncias políticas, a postura objetivista da *Escola da Exegese* pregava o culto à vontade do legislador e aos códigos, em especial o napoleônico, protegendo o sistema político da época contra um Judiciário considerado perigoso.

Sobre o tema, Luis Alberto Warat registra que, no modelo exegético, o que reinava era a defesa dos interesses da burguesia vitoriosa na Revolução Francesa. Esta buscava a preservação de seu poder, através da atribuição à atividade do legislador, como o único sentido válido. Destaca o autor que se vivia a onipotência do poder legislativo protegendo, conferindo segurança, à burguesia, controlando os dominados e impedindo as arbitrariedades do poder. Para cumprir essa atividade a concepção que orienta o método exegético “[...] supõe a figura do juiz neutro, mecânico, não criativo. [...]”¹⁹⁹ Conclui Warat:

Na realidade, o ato de interpretação da lei para a escola exegética é um ato de conhecimento e não de vontade. Nesta corrente se detecta com maior clareza a aceitação de um modelo de direito que renda culto ao formalismo, ao valor segurança em detrimento da equidade (entendido como justiça social para os oprimidos). A escola exegética, como a maioria das escolas jusfilosóficas, constitui uma dimensão simbólico-imaginária do político, e não uma orientação que responda as necessidades técnico-jurídicos.²⁰⁰

Portanto, para esta escola, o aplicador do Direito deveria ater-se estritamente aos dizeres do texto, não podendo haver nenhum tipo de complementação pelo juiz. Falava-se em proibição de manipulações interpretativas. O Código não devia ser interpretado.

¹⁹⁷ Entendia-se que ao afirmar que não existe norma amparando o pedido, o julgador aplica a legislação em vigor. Nesse sentido, sobre as lacunas, Kelsen, embora adepto de outro positivismo (como será esclarecido oportunamente), trazia ensinamento pertinente, aduzindo que o juiz, diante da ausência de norma regulando o caso concreto, poderia “[...] estipular, na condição de legislador a obrigação sustentada para o caso concreto. Mas ele também terá outra possibilidade, a de recusar a ação a pretexto de que o Direito vigente não estipula a obrigação reclamada”, e, portanto, ninguém pode ser juridicamente obrigado a ela. Aduzia Kelsen que “se o juiz faz uso dessa última possibilidade, não se presume nenhuma ‘lacuna do Direito’. O juiz indubitavelmente aplicou Direito válido”. KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 213.

¹⁹⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 34.

¹⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito, I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 69.

²⁰⁰ Ibid., p. 70.

O Direito foi equiparado ao Código, não havendo nada além dele. Como mencionado, havia uma equiparação entre texto e norma (compreendida como o sentido do texto). Nenhuma atividade restava ao intérprete aplicador. A aplicação do Direito, a decisão do caso, dependia da clássica ideia do silogismo: premissa maior (Direito = texto) sobre a premissa menor (fato concreto). Assim chegava-se à decisão.

Em sua tese de doutoramento, Rafael Tomaz de Oliveira, após ressaltar que, na *Escola da Exegese*, direito e código/estatuto confundiam-se, chama a atenção para o fato de que a proibição interpretativa não se limitava aos juízes, mas também aos eruditos e doutrinadores, que tinham sua atividade tolhida, o que redundará na *Jurisprudência dos Conceitos*, como será apresentado. Ainda, destaca Oliveira, citando Caenegem, que tal metodologia demonstrava a constante desconfiança a que estavam submetidos os juízes e os eruditos.²⁰¹

Por fim, na obra *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*, escrita por Rafael Tomaz de Oliveira, Georges Abboud e Henrique Garbellini Carnio, são sintetizados os principais elementos da *Escola da Exegese*, quais sejam: a sistematicidade jusnaturalista-racionalista; a radical separação entre fato e direito; a identificação total entre código (estatuto) e direito; e o dogma da literalidade na interpretação dos artigos dos códigos.²⁰²

Neste ponto, é importante que seja feito um sucinto registro para evitar um mal-entendido no que se refere ao *positivismo*²⁰³ de Kelsen. O positivismo engloba muitas facetas, abarcando posturas objetivistas e subjetivistas, o que passa despercebido por alguns. Ao contrário do que muitos imaginam (e citam como exemplo), Hans Kelsen não se vincula ao positivismo exegético, não compartilhava da postura objetivista de interpretação que considerava o juiz como a “boca da lei”. Pelo contrário, Kelsen sustentava o *positivismo normativista*, que adota uma postura subjetivista no que se refere à atividade interpretativa do julgador, porque fundada em um ato de vontade. Em razão disso, a postura kelseniana será analisada com mais profundidade no momento adequado, quando tratadas as teorias subjetivistas.

²⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história**: uma exploração hermenêutica da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 161 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000007/00000794.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

²⁰² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 363.

²⁰³ Desde já é importante lembrar que positivismo separa Direito e Moral. A ciência jurídica não teria por objeto a Moral. Neil MacCormik afirma que a negação da relação entre Direito e Moral é uma das principais características do positivismo. (MACCORMIK, Neil. H. L. A. **Hart**. 2. ed. Tradução de Claudia Santa Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 40). Entretanto, deve-se registrar que o positivista Herbert Hart admite a influência da Moral no Direito, embora a considere irrelevante para este. HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2012.

2.1.3.1.2 A Escola da Jurisprudência²⁰⁴ dos Conceitos

Outra escola que refletiu uma postura objetivista foi a *Jurisprudência dos Conceitos*. Ela apresentava a figura da “pirâmide conceitual”, em que o conceito mais geral (ou conceito “supremo”²⁰⁵) estaria no vértice, dando origem a todos aqueles conceitos abaixo e estando neles contido.

Um dos grandes nomes da *jurisprudência dos Conceitos* é Georg Friedrich Puchta. Sustentava a existência de uma “genealogia dos conceitos” em forma piramidal, ou seja, do conceito mais geral se chegaria ao específico.²⁰⁶ Este conceito fundamental, do qual derivam todos os demais, é extraído da filosofia do Direito.²⁰⁷ Larenz ensina:

[...] A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjetivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objeto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito como uma espécie de direito subjetivo, significa isto, por ex., que ele é um ‘poder sobre um objeto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’). A ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isto um círculo vicioso. Segundo PUCHTA, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim, consegue um ponto de

²⁰⁴ No caso, jurisprudência não possuía o significado que se conhece hoje. Como ensinam Barretto e Bragato, “Jurisprudência designava, inicialmente, o saber acerca do ofício do jurista, uma arte ou uma ciência prática. [...] Jurisprudência era, assim, considerada um conjunto de saberes práticos do jurista voltados para a solução dos casos concretos por meio do uso da prudência. [...]”. BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 100.

²⁰⁵ Sobre o “conceito supremo”, Larenz aduz: “[...] O conceito ‘supremo’, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – imaginemos a pirâmide transparente – uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva – e vice versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito ‘abstrato’. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 23.

²⁰⁶ PUCHTA, G. F. **Corso delle istituzioni**. Tradotto e preceduto da un discorso da A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia All’Insegna del Diogene, 1854. v. 1.

²⁰⁷ LARENZ, op. cit., p. 26.

partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. [...] ²⁰⁸

Para muitos, considerando o aspecto de postura objetivista, a *Jurisprudência dos Conceitos* pode ser relacionada com a escola da exegese francesa, propondo a equiparação do Direito ao conteúdo do texto estatutário, o qual cabe ao intérprete simplesmente conhecer, sem modificar os conceitos. Para Larenz, seria uma jurisprudência sistemática, de origem pandectista. ²⁰⁹

Quando se fala da *Jurisprudência dos Conceitos*, além de Puchta, outro nome que deve obrigatoriamente ser lembrado é o de Ihering, como defensor desta jurisprudência. Mas cuidado, trata-se do “primeiro” Ihering, uma vez que o segundo Ihering, ou o da segunda fase, foi crítico deste pensamento. ²¹⁰

No já citado livro *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*, é registrado que, “[...] de todo modo, fica claro que, no ambiente metodológico da jurisprudência, a solução para as questões judiciais do direito estavam já desde sempre assentadas na estrutura sistemática da legislação (do BGB, no caso)”. Quanto à atividade do juiz, resumem os autores que “[...] Não há margem de criação para os juízes: sua tarefa é simplesmente um ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código”. Por oportuno, destacam os autores que o Direito privado brasileiro, em especial o Código Civil, inclusive o de 2002, é caudatário desta metodologia conceitual. ²¹¹

Para Lenio Streck, a *Jurisprudência dos Conceitos* representou, para a Alemanha, o que a Escola da Exegese representou para a França, na medida em que ambas propunham a equiparação do Direito à lei/conceito, afastando o juiz do discurso da validade, aplicando cegamente o estatuto ou os conceitos produzidos pelos juristas. ²¹² A diferença, é claro, ficava na origem do que poderia ser considerado um *a priori*, o vértice da pirâmide: na Escola da Exegese, o texto, elaborado pelo Parlamento; na Jurisprudência dos Conceitos, o conceito, elaborado pelos eruditos.

Por fim, para Streck, no Brasil as súmulas vinculantes guardam relação com a escola em questão, uma vez que tentam abarcar todos os casos futuros com conceitos. Entretanto,

²⁰⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 25.

²⁰⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 149.

²¹⁰ LARENZ, op. cit., p. 44.

²¹¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 369.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 104-105.

adverte o autor, “a velha jurisprudência dos conceitos acaba chegando ao Direito contemporâneo a partir do lugar que era o seu destinatário”,²¹³ ou seja, ao invés do jurista, são as decisões judiciais que acabam por criar os conceitos.

2.1.3.2 O Paradigma Filosófico Moderno (Subjetivista – Filosofia da Consciência): a coisa assujeitada pelo homem

No extremo oposto das posturas objetivistas tratadas anteriormente, tem-se as posturas subjetivistas, as quais, como observado, podem ser inseridas no paradigma da *filosofia da consciência*, pois conferem ao “sujeito”, no caso, ao intérprete, a tarefa de, livremente, atribuir sentido ao texto legal.

Agora, o intérprete não está mais vinculado ao texto legal, como se texto e norma (sentido do texto) fossem a mesma coisa. Aqui, texto e norma não se confundem – ou melhor, se afastam –, e o intérprete atribuirá livremente ao texto o sentido que bem desejar, sem qualquer vinculação ou limite. Losano ensina:

Quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais. [...] Na realidade, afirmava-se, o juiz decidia em última análise segundo o seu convencimento, que podia também não coincidir com a *ratio* do legislador. A relação entre o legislador e o juiz resultava não apenas alterada, mas invertida: o juiz podia comportar-se como se fosse o legislador.²¹⁴

Trata-se de postura em que o conhecimento é construído pelo sujeito, no caso, o intérprete. Portanto, afirma Streck que *subjetivista* “é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência (e/ou de suas vulgatas voluntaristas), no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos”. O intérprete é liberto do invólucro legal e passa a ser o criador dos sentidos, com base em critérios sociais, teleológicos e, para alguns, livremente.²¹⁵ Como afirmado, no paradigma subjetivista, texto e norma são cindidos. O intérprete fica livre para extrair do texto a norma (sentido) que bem entender.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 107.

²¹⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 143.

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 103.

As posturas subjetivistas estão presentes ao longo da história, de Hans Kelsen a Robert Alexy, tendo como elemento comum a discricionariedade atribuída ao intérprete, ainda que de forma não intencional. Assim, do mesmo modo que o paradigma objetivista, as posturas subjetivistas fizeram escola(s), algumas das quais serão, sucintamente, analisadas para melhor compreensão do tema.

2.1.3.2.1 A Escola da Jurisprudência dos Interesses

A *Jurisprudência dos Interesses* surgiu por volta de 1905 e defendia que o formalismo dedutivo puro (defendido pela Jurisprudência dos Conceitos – objetivista) deveria ser complementado com elementos existentes na realidade social concreta, estudando os “interesses sociológicos” que justificaram a criação da lei. Em caso de conflito, o intérprete deveria “ponderar” entre os interesses e decidir qual deveria sociologicamente prevalecer.

O surgimento desta escola foi impulsionado pelo pensamento do segundo Ihering, que sustentava uma visão finalística do Direito²¹⁶, bem como pelo surgimento do “Movimento do Direito Livre” (Herman Kantorowicz, Gustav Radbruch, entre outros), que pregava a libertação do Direito em relação ao formalismo exegético e ao conceitual. Registre-se que a *Jurisprudência dos Interesses* é por muitos considerada a ala mais moderada do Movimento do Direito Livre²¹⁷, tendo deixado o movimento em 1905 por não aceitar a decisão *contra legem*.²¹⁸

²¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 63.

²¹⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: o século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 149.

²¹⁸ Streck relata o processo de ruptura do Movimento do Direito Livre e o surgimento da *Jurisprudência dos Interesses*: “Também em 1905, e também na Alemanha, haverá um desligamento de alguns importantes autores do movimento do direito livre. O principal articulista dessa secessão será Philipp Heck, inaugurando a chamada jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*). Nessa nova roupagem, os postulados do direito livre apareceram mais contidos, principalmente no que tange à polêmica da interpretação *contra legem* (admitida pela versão mais radical do direito livre). A jurisprudência dos interesses continuará a pregar a crítica à “falácia conceitual” que o direito livre identificava na jurisprudência dos conceitos. Essa crítica advogava a tese de que o excessivo conceitualismo levava o juiz para um terreno abstrato, muito distante das tensões sociais que, naquele tempo, se mostravam cada vez mais agudas (são os anos que gestaram as condições para a eclosão da 1ª Guerra Mundial). O mote principal da jurisprudência dos interesses encontra-se circunscrito na premissa de que a norma jurídica tem por finalidade resolver conflitos de interesses. Esses interesses em conflito condicionam tanto o ambiente legislativo quanto o jurisdicional. Na tarefa interpretativa, cabe ao juiz recompor os interesses em conflito que estavam presentes na gestação da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir de uma *ponderação* (*Abwägung*) dos interesses que estão em situação de tensão no caso que lhe é apresentado. Portanto, pelo menos duas são as diferenças entre a jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre: 1) por um lado, a jurisprudência dos interesses não admite decisões *contra legem*, pregando a vinculação do juiz à lei quando as situações da vida que são levadas à sua jurisdição encontrem previsão legislativa; 2) por outro, a jurisprudência dos interesses desenvolve um método que procura guiar a atividade criativa do intérprete/juiz: a *ponderação* (*Abwägung*) dos interesses em conflito. Bem antes de Alexy, registre-se”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 131-132.

Streck faz importante análise sobre a influência do Movimento do Direito Livre nas mais diversas escolas subjetivistas, em especial na *Jurisprudência dos Interesses*. Veja:

Em resumo, nas diversas tentativas de superação do positivismo primitivo (nas suas variadas tradições ‘nacionais’), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da ‘razão’ para a ‘vontade’. É possível dizer que cada um dos ‘positivismos nacionais’ teve sua antítese: o movimento do direito livre, na França, o realismo norte-americano e escandinavo, no direito do *common law*, e a *Jurisprudência dos Interesses*, na Alemanha. Aliás, com Losano é possível afirmar que o chamado movimento do direito livre se encontra na raiz de todas essas posturas teóricas que tinham como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX. [...] Todos eles, de alguma forma, reivindicavam um papel protagonista da magistratura na aplicação do direito.²¹⁹

Para Philipp Heck, criador desta escola, o formalismo puro deveria ser influenciado pela realidade social.²²⁰ A norma jurídica serve para resolver conflitos de interesse, sendo que em caso de lacuna o julgador deve preenchê-la com o uso da analogia para resolver o conflito. Os casos análogos são inspirados em valores que também devem guiar a solução do caso posto para decidir.²²¹ A atividade judicial deve resolver os conflitos, satisfazendo as necessidades da vida, sendo esses os “interesses” que não se pode perder de vista.²²²

Portanto, para a *Jurisprudência dos Interesses*, o objeto do Direito é a “tutela de interesses”. As leis são o resultado de constante luta e tensão entre os vários interesses que fazem parte do nosso cotidiano, como éticos, religiosos, materiais, entre outros. Somente os interesses vitoriosos estão previstos em lei.²²³ Assim, imperativo descobrir a história dos interesses que levaram à edição da lei. Não é mais o legislador, mas as forças sociais, os interesses que foram causais para a lei, que interessam para sua interpretação.²²⁴

2.1.3.2.2 A Escola da *Jurisprudência dos Valores*

A escola da *Jurisprudência dos Valores* surgiu na Alemanha após a outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949, e tinha por objetivo dar legitimidade a uma Constituição

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 130-131.

²²⁰ HECK, Philipp. **Interpretação da lei e Jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e Cia, 1947.

²²¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 164.

²²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 64.

²²³ Ibid., p. 65.

²²⁴ LARENZ, op. cit., p. 66.

criada sem significativa participação popular. Afirmava que o Direito (*ius*) não se confundia com a lei (*lex*), e que fundamentos extralegais poderiam ser utilizados na decisão. Assim, os valores do povo alemão “abriam” a rígida legalidade constitucional.²²⁵ Tentava-se ir além do que estava escrito, chegando aos valores da sociedade.²²⁶

Esta escola teve como seguidores, entre outros, Karl Larenz, Josef Esser e Claus-Wilhelm Canaris. Em síntese, sustentava que, além da lei, outros critérios, no caso, os valores, poderiam ser utilizados para decidir. Streck adverte que, embora todos aceitem a criação judicial do direito a partir dos valores culturais da sociedade, cada um deles propõe uma forma diferente de se chegar a esses valores.

Veja que, mais uma vez, o Brasil importou incorretamente uma ideia estrangeira, no caso a *Jurisprudência dos Valores*, como há muito Streck vem observando. Na Alemanha, tal escola objetivava fugir da legalidade estrita, imposta sem participação da sociedade. No Brasil, a mesma escola serve para justificar a fuga da legalidade constitucional democrática.²²⁷

Segundo Abboud, Carnio e Oliveira, a *Jurisprudência dos Valores* representou mais uma continuidade em relação à jurisprudência dos interesses, diferenciando-se desta por apresentar um maior colorido filosófico e, como foco, a atividade do julgador,²²⁸ encarregado da descoberta e aplicação dos valores do povo alemão.

No mesmo sentido é a lição de Lenio Streck, acrescentando que a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores serviram de objeto para a teoria da argumentação de Robert Alexy, que objetivava conferir maior racionalidade à aplicação destas.²²⁹

Entre as possíveis críticas à *Jurisprudência dos Valores*, destaca-se a inexistência de um conceito universal sobre “valores”, fazendo com que, em realidade, ganhe espaço, em seu lugar, a subjetividade do intérprete, os seus valores pessoais, sem possibilidade de controle da decisão. Ainda nesse sentido, não se pode perder de vista que o Direito possui caráter

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 132.

²²⁷ Neste ponto, é interessante registrar outra recepção equivocada. Trata-se da importação e recepção da “teoria da ponderação”. Na Alemanha, tal proposta teórica foi criada com o objetivo de combater a discricionariedade gerada pela Jurisprudência dos Valores. Objetivava fixar limites para a atividade do juiz. Em *terrae brasilis*, invoca-se a mesma teoria para tentar fundamentar a discricionariedade judicial. Essa questão será abordada novamente, ocasião em que se tratará dos postulados teóricos de Robert Alexy.

²²⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 44.

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 117.

deontológico, obrigatório, para todos, ao contrário dos valores que, pela sua diversidade, não podem ser impostos.

2.1.3.2.3 A Subjetividade em Kelsen, Habermas e Alexy

Embora sucintamente, é relevante analisar algumas importantes teorias que acabam por confiar a interpretação/decisão ao subjetivismo do intérprete, ainda que, muitas vezes, essa situação sequer seja percebida.

Começando por Kelsen, como já antecipado, é um equívoco sustentar que o autor defendia a aplicação irrestrita da lei, o positivismo exegético. Kelsen defendia um positivismo normativista, que, em síntese, considera a ciência do Direito incapaz de combater o decisionismo, a subjetividade.

Kelsen dividia a atividade do intérprete em “ato de conhecimento”, aquele que é objeto da ciência jurídica, e “ato de vontade”, consistente na aplicação do Direito. Sustentava que não havia como separar a aplicação do direito do elemento moral do intérprete. Assim, concluía que, como o ato de vontade é vinculado à moral, e a moral é relativa, a discricionariedade (subjetividade) seria uma fatalidade impossível de se controlar. Hans Kelsen apresenta a sua teoria demonstrando que sua preocupação é apenas com o “dever-ser”, este o único objeto da ciência jurídica:

[...] a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o Direito como sendo um sistema de normas válidas. O seu objeto são as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas. Os enunciados com os quais a nossa teoria descreve o seu objeto são, portanto, não enunciados sobre o que é, mas enunciados sobre o que deve ser. Nesse sentido, a teoria também pode ser denominada teoria normativa.²³⁰

Nessa linha, Losano ensina que a doutrina de Kelsen pode ser sintetizada em seis pontos. Primeiro, a “visão do mundo de Kelsen é dualista”, *ser* e *dever-ser*. Segundo, “todas as ciências visam construir em unidade o próprio objeto”. Terceiro, “a ciência do direito descreve um objeto colocado no mundo do dever ser”, afastando da análise o mundo do *ser* (entendido aqui como aplicação do Direito). Quarto, “o direito é unitário porque todo o ordenamento deriva de uma única norma fundamental”. Quinto, “obedece-se ao direito porque ele é válido”, e sua validade decorre da norma fundamental. Sexto, os direitos internos

²³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235.

e internacionais decorrem da mesma norma fundamental, sendo que a superioridade cabe ao direito internacional.²³¹

Warat, em seu livro *Introdução Geral ao Direito II*, destaca que Kelsen procura definir as condições “para o conhecimento puro da realidade jurídica, isolada racionalmente em sua dimensão deôntica, que separa cuidadosamente de toda contaminação fática e axiológica, cuja investigação e estudo, a seu critério, não integra a ciência jurídica.”²³² Ainda, lembra que Kelsen inspirou-se no Círculo de Viena, “que postula para suas investigações um caráter científico rigoroso”.²³³

Por oportuno, registre-se que Warat era profundo conhecedor e crítico da doutrina kelseniana, base de sua formação²³⁴, o que permitia que suas críticas e ensinamentos acadêmicos fossem devidamente legitimados.

No que se refere à interpretação, o normativismo de Kelsen pregava que o intérprete deveria ficar limitado pela “moldura”, mas poderia “pintar” o quadro livremente. A metáfora era utilizada por Kelsen para ilustrar que o intérprete encontrava-se vinculado à ordem jurídica, mas a decisão do caso concreto poderia ser tomada com discricionariedade. Sobre o ponto, Streck ensina:

[...] No positivismo jurídico clássico, exegético ou legalista, acredita(va-se) que o mundo podia (pode) ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca(va) essa ‘suficiência do mundo’, isto é, a parte do mundo que deposita(va) na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade.

[...] Neste contexto, estamos diante de uma discricionariedade legislativa, o direito já possui as respostas antes do surgimento das perguntas [...]

Em outro momento, no positivismo normativista, descobertas as insuficiências do exegetismo, passou-se a chamar à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista (lembramos, sempre, do problema da dicotomia ‘vontade-razão’ e o ‘produto’ da superação do segundo pela primeira), levanta o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar.²³⁵

Talvez o ponto mais importante a ser observado neste momento seja o fato de que se, por um lado, é correto afirmar que Kelsen era um positivista, por outro, é incorreto referir que

²³¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 53-54.

²³² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito, II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 135.

²³³ Ibid., p. 140.

²³⁴ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do Direito. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 9, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 206.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 135-136.

o seu positivismo era exegético, como cotidianamente ocorre quando se afirma que ele pregava a “aplicação da letra da lei”. Como observado, o positivismo kelseniano era “normativo” e longe estava da irrestrita aplicação da lei. Pelo contrário, com base nele, o intérprete possuía uma liberdade muito grande, atribuindo qualquer sentido ao texto legal, viabilizando a discricionariedade/arbitrariedade.

Nesse sentido são as advertências de Lenio Streck, salientando que Kelsen não defendia o positivismo como ideologia, mas como ciência do Direito, embora haja quem cole a Kelsen um tipo de pecha de defensor do positivismo primitivo exegético, com aplicação, cega de valores, do texto legal. O pensamento de Kelsen opera em dois níveis: o da ciência do direito e o do direito²³⁶ (ou da aplicação do Direito). A aplicação do Direito não deveria ser, para Kelsen, uma preocupação da ciência jurídica.

O problema que surge aqui é a possibilidade da institucionalização da discricionariedade, que passa a ser considerada algo normal, uma fatalidade.

Contemporaneamente, *Habermas* e *Alexy* também apresentam entendimentos que potencializam o subjetivismo do intérprete. Mas tal afirmação deve ser tomada com cuidado, uma vez que, tanto Habermas como Alexy – e a maioria dos doutrinadores sérios –, não defendem a subjetividade, a discricionariedade. Pelo contrário, apresentam teorias que objetivam evitar esse mal no Direito. Entretanto, suas teorias, diante da realidade prática, são ineficazes para o que se propõem.

Registre-se que a teoria de Habermas é abordada dentro do paradigma subjetivista, uma vez que ela acaba por deixar o julgador com imensa liberdade, sob a falsa ideia de que a fundamentação ocorreu *a priori*. Na verdade, o julgador habermasiano fica livre para aproveitar essa situação e decidir sem qualquer controle/limite. Além disso, Streck apresenta duas importantes observações: primeiro, na própria ideia da formação do consenso, pode-se perceber certa atitude decisionista, já que consenso decorre dos melhores argumentos²³⁷ (e consenso não é verdade); segundo, a teoria de Habermas não aniquila com o solipsismo, apenas o ignora²³⁸.

Prosseguindo, em sua teoria, Habermas substitui a razão prática pela razão comunicativa, em que existiria, na base, um consenso intersubjetivo de idealizações. Aduz:

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 21.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101. (rodapé).

²³⁸ *Ibid.*, p. 208.

[...] A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.²³⁹

Segundo o autor, no agir comunicativo “[...] os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento [...]”²⁴⁰ Habermas propõe que a atividade interpretativa deva ocorrer em uma situação ideal de fala, onde todos tenham voz e estejam orientados ao entendimento. Propõe o autor a separação da fundamentação/justificação e aplicação do Direito. Primeiro, tem-se a *formação* do Direito, espaço para a “fundamentação prévia”, inclusive com análise do aspecto moral. Aqui situa-se o “agir comunicativo”, a “situação ideal de fala”, que deve garantir oportunidades iguais para todos²⁴¹. Em um segundo momento, tem-se a *aplicação* do Direito, que cabe ao juiz (que não deve fazer qualquer análise moral). Em Habermas, as razões que geraram o consenso da lei não devem ser novamente analisadas pelo Judiciário na aplicação, libertando-se o juiz do discurso de fundamentação.²⁴²

A legitimidade na aplicação do Direito, para Habermas, é obtida através da observância do procedimento. Afirma o autor que “[...] a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida [...]”. Somente a obediência a essas condições processuais de origem democrática conferem legitimidade ao Direito.²⁴³ Ensina Habermas:

[...] uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos [...].²⁴⁴

Veja que a discussão moral, para Habermas, deve ocorrer quando da criação do Direito. Não cabe ao juiz corrigir moralmente o Direito. O problema é que Habermas afasta o

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 32.

²⁴⁰ Ibid., 2012. p. 36.

²⁴¹ Nessa fase, surge a figura do “empoderamento” das partes mais fracas. Ou seja, a necessidade de adoção de instrumentos que garantirão que todos os envolvidos tenham condições iguais no discurso.

²⁴² Ao que parece, neste segundo momento, tem-se uma espécie de positivismo exegético.

²⁴³ Ibid., p. 326.

²⁴⁴ Ibid., p. 354.

fato concreto – que somente existirá no processo – da análise do Direito. A situação ideal de fala não levará em consideração o fato concreto, pois ocorrerá em um momento anterior ao fato (elaboração da legislação). Ele não se preocupa com o conteúdo do Direito, mas apenas com o procedimento de sua formação.

Por fim, Habermas foca no momento anterior à decisão, razão pela qual não ensina como controlar o intérprete, evitando o solipsismo. Como já observado, com Streck é possível afirmar que Habermas não destrói o solipsismo, apenas o ignora.

Por sua vez, a teoria proposta por Robert Alexy apresenta, para a realidade brasileira, dois problemas. Primeiro, no que se refere às incorretas importação e aplicação de sua teoria no Brasil. Segundo, no que tange à liberdade do intérprete para realizar a “ponderação” – embora o autor não pretenda dar essa liberdade e negue que sua teoria a propicie.

Primeiramente, é importante registrar o momento histórico que levou à criação da teoria de Robert Alexy. Com o fim da guerra, os aliados conferiram uma Constituição rígida para a Alemanha. Para fugir deste engessamento, os juízes passaram a invocar nos julgamentos os valores alemães ou do povo alemão. Assim, passou a imperar o subjetivismo. Os juízes decidiam pelos “valores” que entendiam aplicáveis, sem qualquer limitação. Imperava a *Jurisprudência dos Valores*, analisada anteriormente.

Contra essa situação de descontrole da jurisdição, Robert Alexy apresentou sua teoria. Ela criava a “regra”²⁴⁵ da ponderação de princípios, a qual se divide em um procedimento com diversas etapas para definir qual princípio deve prevalecer. Ao final, resulta em uma “regra” para o caso concreto, chamada “norma de direito fundamental atribuída”, aplicável por subsunção. Nas palavras de Alexy: “[...] como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.²⁴⁶

Portanto, é importante registrar que Alexy não possui a intenção de apresentar uma teoria relativista. Pelo contrário, sua teoria surgiu justamente para enfrentar a ausência de controle gerada na Alemanha pela aplicação da *Jurisprudência dos Valores*. Nessa linha, Streck observa:

²⁴⁵ Veja que é incorreto falar em “princípio” da ponderação. O que Alexy propõe é uma regra a ser aplicada diante da colisão de princípios, com diversas etapas, que criam uma outra regra, aplicável por subsunção!

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102.

[...] O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração.²⁴⁷

Veja que, em sua teoria da argumentação, Robert Alexy sustenta a divisão entre casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*). Os casos fáceis seriam resolvidos mediante o procedimento de subsunção, ou seja, a aplicação da regra ao caso concreto. Por sua vez, os casos difíceis, aqueles em que haveria um conflito entre princípios, seriam resolvidos mediante a aplicação da “regra” da ponderação, que, como visto, dá origem a uma nova regra, que também será aplicável ao caso concreto por subsunção. Registre-se que esse fato, qual seja, de a ponderação não resolver imediatamente o fato em análise, também é desconsiderado (ou desconhecido) da maioria dos seus seguidores brasileiros.²⁴⁸

No Brasil, a “ponderação” foi importada com objetivo exatamente oposto daquele que levou a sua criação, qual seja, limitar a *Jurisprudência dos Valores*. Aqui, a ponderação serviu – e serve – para “libertar” o intérprete. A ponderação passou a ser vulgarmente aplicada, tornando-se uma *varinha mágica* com a qual o julgador resolve o caso concreto, simplesmente escolhendo os princípios em conflito e optando por este ou aquele, cujo conteúdo significará exatamente o que o intérprete desejar que signifique. Não se aplicam as etapas previstas na teoria. Por uma questão de justiça (com Alexy), deve-se registrar que a “teoria da ponderação *tupiniquim*” não é a teoria de Robert Alexy.

Portanto, no Brasil, a “ponderação” é, como regra, aplicada diretamente, como simples álibi teórico, como mera “escolha” pessoal do intérprete entre um princípio e outro. É fato que poucas – para não dizer nenhuma – das decisões judiciais dos tribunais nacionais, que “invocaram” o “argumento” da ponderação, seguiram as etapas previstas por Alexy. Em sua tese de doutoramento, Fausto Santos de Moraes analisou diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e concluiu que o tribunal aplica, em realidade, uma “vulgata” do pensamento de Alexy, com a aplicação da proporcionalidade na forma acima criticada,²⁴⁹ ou seja, sem observância da “técnica” proposta por seu criador.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

²⁴⁸ Streck ensina: “[...] A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’”. Ibid., p. 40.

²⁴⁹ MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.

Mas Alexy acaba por colaborar com a subjetividade. O direito apresentaria uma textura aberta, local em que habitam seus argumentos morais, que são chamados a atuar quando o discurso jurídico não dá conta.²⁵⁰ Diante da insuficiência do Direito, o aplicador fica livre para buscar respostas morais. Nesse sentido, esclarece Rafael Giorgio Dalla Barba:

Em síntese, as críticas hermenêuticas denunciam que o modo como a máxima da proporcionalidade é desenvolvida por Robert Alexy acaba aceitando que os próprios direitos fundamentais sejam negociados diante das opções valorativas de cada intérprete, desde que preencham o procedimento trifásico da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em outras palavras, no transcorrer interior da sofisticada estrutura alexyana os argumentos íntimos de cada julgador acabam sendo encobertos pelo invólucro da lei do pesosamento e da máxima da proporcionalidade.²⁵¹

Assim, a teoria alexyana, mesmo quando corretamente entendida, acaba por propiciar o subjetivismo do intérprete. Embora discipline a forma de escolha do princípio vencedor, os que irão participar da disputa serão escolhidos pelo intérprete. Mais preocupante é que a teoria em questão, na forma trabalhada em *terrae brasilis*, não apenas viabiliza, mas aposta no subjetivismo, nas escolhas pessoais do intérprete, esquecendo-se de que, como Streck há muito adverte, decisão não é – e não pode ser em um Estado Democrático de Direito – escolha, o que será melhor desenvolvido oportunamente nesta pesquisa. O cidadão possui o direito fundamental de motivação/fundamentação da decisão judicial, não com base na consciência do intérprete, mas, sim, a partir de uma correta interpretação do Direito, inclusive, respeitando os limites semânticos do texto.

2.1.3.2.4 A Intersubjetividade na Descoberta do Sentido

No século XX, a interpretação passa a ser vista a partir de um novo ângulo, diante da virada linguística ou do *linguistic turn*. Como visto, ocorre a invasão da filosofia pela linguagem. Essa deixa de ser uma terceira coisa, um instrumento entre um sujeito e um objeto, para ser considerada condição de possibilidade da compreensão.

Portanto, supera-se a metafísica clássica objetivista, para a qual os sentidos estão nas coisas (que possuiriam uma essência). *O sujeito era assujeitado pela coisa*. Da mesma forma, supera-se a metafísica moderna e sua filosofia da consciência, em que o sujeito passa a ser o senhor dos sentidos. *O sujeito assujeitava a coisa*. Agora, com a virada linguística, os

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 50.

²⁵¹ DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129-130.

sentidos estão na linguagem. Os sentidos são instaurados na relação sujeito-sujeito, na intersubjetividade.

Nessa linha, ao tratar do que chamou de “problema hermenêutico da aplicação”, Gadamer vai ensinar que não se interpreta por partes, como sustentava a fase metafísica da hermenêutica, a qual defendida que primeiro se conhece (*subtilitas intelligendi*), depois se interpreta (*subtilitas explicandi*) e, por fim, se aplica (*subtilitas applicandi*). Gadamer superou tal limitação, ensinando que, na compreensão, sempre ocorre uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Portanto, deve-se considerar como um processo unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação, todos essenciais ao *processo hermenêutico*. Para compreender um texto adequadamente, de acordo com suas pretensões, devemos compreendê-lo de forma nova a cada situação concreta, a cada instante. Ou seja, compreender é aplicar. Somente aplicando compreende-se de forma adequada. O conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação ao caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário.²⁵² Ao compreender, o intérprete sempre coloca algo seu. Mas não deve colocar “algo” que bem entende, mas o que ele traz consigo, legado da história e entregue pela tradição.

Portanto, as palavras não carregam o seu sentido. Da mesma forma, o fato de o intérprete atribuir sentidos ao texto não lhe autoriza a colar qualquer sentido, como se texto e norma estivessem separados. Os sentidos serão limitados pela tradição em que se encontra lançado o intérprete. É ela que fornece elementos para um legítima pré-compreensão. Lenio Streck ensina:

[...] o giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Ele é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de ‘testemunho da verdade’. Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo. E é exatamente por isso que podemos dizer, sem medo de errar, que o sujeito solipsista foi destruído (embora sobreviva em grande parte do ambiente jusfilosófico). Afinal, como diz Gadamer, ‘quem pensa a ‘linguagem’ já se movimenta para além da subjetividade’.²⁵³

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 406-407.

²⁵³ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 60-61.

A hermenêutica parte da ideia de um mundo compartilhado, que pode ser chamado de intersubjetividade.²⁵⁴ É a partir desse mundo que o intérprete compreende. Caso não o faça, caso desconsidere estas condições, sua conduta estará viciada e a compreensão será incorreta.

A fenomenologia hermenêutica apresenta as estruturas existenciais do conhecimento, que não estão à disposição do sujeito. A hermenêutica filosófica supera o esquema sujeito-objeto e a possibilidade de subsunção. A intersubjetividade aparece na ideia de “significância”, que viabiliza os projetos de sentido. A significância é essa “estrutura múnica” em que o indivíduo sempre se move. É o mundo compartilhado.²⁵⁵

2.2 CONCLUSÃO PARCIAL

Ao encerrar o presente capítulo, faz-se imperativo que sejam registradas algumas conclusões, as quais permitirão um melhor acompanhamento do desenvolvimento da reflexão que se propõe.

Pretendeu-se, neste momento da tese, apresentar uma ideia geral da atividade interpretativa desenvolvida pela hermenêutica filosófica com que trabalha a Crítica Hermenêutica do Direito, projetada a partir da obra de Lenio Luiz Streck.

Foi possível verificar que a *tradição*, para a hermenêutica filosófica de Gadamer, é compreendida como “entrega”. Trata-se da transmissão do legado histórico de uma comunidade. É a tradição que entregará ao intérprete os pré-conceitos, que são os elementos que compõem a pré-compreensão e que são condição de possibilidade para a compreensão. Além de viabilizar a compreensão, esses elementos históricos, legados, limitam a interpretação, na medida em que devem ser observados pelo intérprete em sua atividade. Eles servem de parâmetro para que o adequado sentido seja obtido.

Essa tradição vem ao intérprete através da linguagem. É a linguagem que revela a tradição. Não uma linguagem entendida apenas como fala/enunciado, mas, sim, como condição de possibilidade para a compreensão, na medida em que traz consigo a tradição e os seus elementos. Tudo ocorre na linguagem. O indivíduo pensa através da linguagem. A linguagem constitui o mundo do intérprete e o próprio conhecimento (lembre-se que Platão separava, equivocadamente, pensamento e linguagem. Aduzia ele que esta seria desnecessária para o conhecimento, que ocorreria no pensamento. A linguagem apenas o transmitia).

²⁵⁴ Ibid., p. 93-94.

²⁵⁵ Ibid., p. 102.

Nessa linha, foi possível verificar que a tradição entregou a superação da linguagem privada pela pública. A linguagem privada, fruto da filosofia da consciência, foi ultrapassada pela linguagem pública, onde os sentidos não pertencem ao intérprete, mas são forjados a partir de um legado histórico. O intérprete não é livre para conferir, na interpretação, o sentido que bem entender.

Assim, foi demonstrado que, na interpretação do direito, a tradição legou a superação do paradigma sujeito-objeto, representado pela metafísica objetivista clássica e subjetivista moderna. Não mais se admite a relação sujeito-objeto, onde o sujeito ora era assujeitado (metafísica clássica), ora assujeitava a coisa (filosofia da consciência). Agora, existe uma relação entre os sujeitos, um mundo compartilhado que serve de ponto de partida. Trata-se da intersubjetividade, na qual os sentidos públicos são definidos nas relações históricas entre os indivíduos, sujeito-sujeito.

São esses elementos legados pela tradição, e construídos historicamente numa relação de intersubjetividade, que alimentam a pré-compreensão do intérprete. São eles que devem guiar a compreensão.

Com isso, pode-se concluir que os sentidos não estão nas coisas e, muito menos, podem ser conferidos livremente pelo intérprete. A atividade desenvolvida sem respeitar esses elementos legados, seja ignorando-os ou indo de encontro a eles, acarreta uma compreensão equivocada.

Em relação ao tema proposto, essa imersão filosófica serve de base para a conexão entre filosofia e processo. É a partir dela que se pode pensar o sentido da *unidade do processo* e da interpretação das normas processuais, não vinculados a qualquer subjetivismo. Isso porque, em relação ao processo, a tradição entregou um legado histórico que deve orientar o intérprete. Como se verá, esse legado constitui-se em pré-conceito legítimo que, compulsoriamente, deve ser considerado para uma adequada compreensão da norma processual. E os sentidos desse legado estão contidos em uma linguagem pública, decorrente da história compartilhada, não podendo ser apropriados pelo intérprete e pensados a partir de uma linguagem privada.

Por essa razão, o sentido de tradição, entendida como entrega, e o seu conteúdo filosófico, trabalhado até esse ponto, são fundamentais para o desenvolvimento do tema, permitindo que o indivíduo, a partir dela, realize a correta interpretação do processo e de suas normas.

No próximo capítulo, procurando agregar novos paradigmas aos que até aqui foram constatados, será verificado o que a tradição entregou – transmitiu enquanto legado histórico

compartilhado pela comunidade – em relação ao Estado, ao direito e, especificamente, ao processo, e que, legitimamente, devem guiar e limitar a atividade interpretativa.

3 ESTADO, DIREITO E PROCESSO

No presente capítulo será analisado o que a tradição entregou ao intérprete em decorrência da caracterização de modelos de Estado, em especial, do advento do Estado Democrático de Direito com a constante tensão entre democracia e Direito. Na sequência, será trabalhada a evolução das concepções de processo e apresentada a síntese de toda a evolução, o advento do processo democrático.

3.1 O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado (Moderno) é uma construção, com uma dominação advinda do estatuto legal. O indivíduo deve obedecer à lei, à regra, que estabelece a quem e como obedecer. Surge um poder unificado, que precisa de um titular: o Estado²⁵⁶.

É nesse período que o capitalismo comercial e industrial vai ser incrementado, revelando a burguesia como o setor mais eficiente (do ponto de vista econômico) da sociedade. Entretanto, embora dotada de poder econômico, ela carece de poder político, o que a leva à revolução²⁵⁷.

Nesse ponto, importante registrar que Bolzan de Moraes e Streck apresentam fundamental observação, ao lembrarem que o Estado não evolui para o seu aperfeiçoamento, mas, sim, muda de forma para atender aos interesses das classes hegemônicas.²⁵⁸ Sob essa ótica, diante do inconformismo da burguesia com o fato de possuir o poder econômico (e não o político), surgem as bases para o *Estado de Direito (liberal)*. Buscavam-se garantias dos indivíduos frente ao Estado. Por isso que se fala em intervenção mínima do Estado. O Estado deveria garantir os direitos do cidadão, em especial no que se refere à propriedade, reduzindo-se o risco do comportamento estatal imprevisível.

Não é por outra razão que Carl Schmitt identifica a Constituição liberal como a Constituição das liberdades burguesas. É inspirada no individualismo, e busca normatizar o desequilíbrio social advindo da industrialização.²⁵⁹ Mas não se pode esquecer a influência do movimento liberal – não burguês – nessa fase, o qual buscava a proteção do indivíduo frente ao Estado Absoluto, com extrema ingerência, ao mesmo tempo em que pregava a liberdade ilimitada do indivíduo. Assim, o Estado foi reduzido ao desempenho de atividades

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 42.

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30.

²⁵⁸ STRECK, op. cit., p. 28.

²⁵⁹ ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 139-140.

indispensáveis, cumprindo-lhe garantir a ordem e criar condições para que a sociedade conseguisse seus fins²⁶⁰.

Nessa linha, vários fatores, como correntes filosóficas, movimentos econômicos e revoluções, levam ao surgimento do *Estado Constitucional* (representativo ou de Direito). Embora guarde certa relação estrutural com o Estado de Polícia e herde características de fases anteriores, como Constituições escritas, soberania nacional e povo, o Estado Constitucional apresenta divergências definitivas com as outras formas: as ideias decorrentes do contrato social (algo presente desde seu modelo absolutista), ao invés da tradição; a noção de soberania nacional, ao invés da soberania do príncipe; o exercício do poder por muitos; a ideia de cidadãos e não de súditos; e, principalmente, como instrumento principal de atuação vinculativa, a Constituição e as declarações de direitos; além das ideias de legalidade, de separação dos poderes e de representação política. A Constituição surge como algo original, entendida como limitação de poder e instrumento que consagra os valores da vida pública.²⁶¹

O Estado Constitucional surge, portanto, como decorrência das lutas contra o absolutismo, com o objetivo de afirmar os direitos da pessoa humana.²⁶² Lembra Paulo Bonavides que “a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado Absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis”.²⁶³

Jorge Miranda desdobra as noções de Estado Constitucional, como representativo e de Direito:

IV – Numa primeira noção, *Estado constitucional* significa Estado assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder.

Governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na coletividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da coletividade (de *toda a* coletividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, em que inexistia tal dissociação.

Estado de Direito é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes.²⁶⁴

²⁶⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 7.

²⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 31.

²⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

²⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

²⁶⁴ MIRANDA, op. cit., p. 33.

É importante observar que o Estado Constitucional surge como *Estado Liberal*, centrado na “liberdade”. Em nome dela limita-se o poder político e, especialmente, a intervenção do Estado, reduzido a funções mínimas diante da sociedade.²⁶⁵ Entretanto, embora teoricamente fundado em valores desejáveis, a história demonstra que o Estado Constitucional liberal apresenta-se como *Estado burguês*, ou seja, acaba por refletir os valores e servir aos interesses da burguesia, detentora do poder econômico e político.²⁶⁶ Este é o Estado Liberal, o Estado da intervenção mínima. Bolzan de Moraes e Streck definem o que foi e o que é o liberalismo político que lhe sustenta:

No século XIX, o liberalismo tornou-se a doutrina da monarquia limitada e de um governo popular igualmente limitado, já que o sufrágio e a representação eram restritos a cidadãos prósperos. Hoje em dia, o que a palavra liberal geralmente significa na Europa continental e na América Latina é algo muito diverso do que significa nos EUA. Desde o *New Deal* de Roosevelt, o liberalismo americano adquiriu, nas palavras de Richard Hofstadter, ‘um tom social-democrático’.

[...]

Portanto, como visto, falar em liberalismo é discorrer sobre múltiplos. Mas, de tudo isso pode-se concentrar atenção à ideia de que liberalismo se identifica com a ideia de limites/liberdades e que tem como ator principal o indivíduo.²⁶⁷

Pode-se dizer que o Estado Liberal surgiu da necessidade do capitalismo de produção. A burguesia aspirava trabalhar livremente; por isso, exige do Estado uma postura negativa, de respeito à liberdade.

As revoluções liberais foram além do campo político, influenciando também o social, servindo de base para a organização de uma nova sociedade, forjada a partir de outros valores, como as liberdades individuais, a liberdade contratual, a propriedade privada, a liberdade de associação, entre outros. Os princípios democráticos, embora proclamados formalmente, sofriam restrições, como o voto censitário.²⁶⁸ Conforme já alertado, tais valores serviam muito mais aos desejos da burguesia do que aos interesses do povo.

²⁶⁵ José Afonso da Silva ensina que o Estado de Direito surge no seio do liberalismo, com o objetivo principal de garantir a legalidade. Apresenta como características: a) o império da lei, emanada do “povo-cidadão”; b) a separação dos poderes; c) garantia dos direitos individuais. Trata-se de importante concepção de Estado que representa uma evolução, garantindo os direitos individuais, transformando os súditos em cidadãos livres. SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34 jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 34.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 57.

²⁶⁸ MIRANDA, op. cit., p. 34-35.

Veja-se que o Estado Constitucional também é apresentado como Estado de Direito. Por certo, é problemática a apresentação da ideia de Estado de Direito, pois depende do que se entende por “Direito”. Por isso, em muitos países que se apresentam como Estado de Direito, essa ideia serviu para abusos, ou seja, foi deformada, atendendo a interesses indevidos. Foram inúmeras as ditaduras amparadas no conceito formal de Estado de Direito, considerado como mero Estado legal, sem preocupação com o conteúdo da legislação produzida.

Por isso, diante dessa possível deformação no manuseio do conceito de Estado de Direito, impõe-se que se qualifique o seu conteúdo material. O individualismo e a neutralidade do Estado de Direito liberal provocaram diversas injustiças, o que foi demonstrado pelos movimentos sociais. As liberdades burguesas eram insuficientes para evitar as desigualdades. Nesse cenário, o Estado deixa de lado a sua neutralidade e passa a preocupar-se com o aspecto social, mas sem abandonar o primado do Direito. O Direito passa a possuir um conteúdo social. O Estado transforma-se em Estado Social, em que o viés social substitui o individualismo, demonstrando a busca por justiça social.²⁶⁹

Paulo Bonavides lembra que a liberdade do liberalismo seria correta se, de fato, os homens fossem iguais em capacidade, não apenas formal, a qual encobre a realidade. Essa liberdade formal serve apenas para oprimir os fracos, que, na realidade, possuem “somente a liberdade de morrer de fome”.²⁷⁰

O Estado Social tenta compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo como forma de produção e o bem-estar social geral como objetivo, base do neocapitalismo do *Welfare State*.²⁷¹

Além disso, o crescente desenvolvimento do capitalismo passou a gerar uma enorme massa de trabalhadores em situação precária, produzindo anseios de melhoras em suas condições de trabalho e de vida. Assim, começa-se a cobrar do Estado uma postura positiva, um fazer, um consolidar direitos através de prestações. É o início da evolução do Estado Liberal para o Estado Social.

Bolzan de Moraes e Streck registram que foi em meados do século XIX que o Estado Liberal começa a mudar o seu conteúdo, assumindo tarefas positivas, prestações públicas como direitos da cidadania, fazendo com que o Estado Mínimo perdesse lugar diante da

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34 jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61.

²⁷¹ DÍAZ, Elías. **Estado de derecho e sociedad democrática**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973. p. 106.

necessidade de intervenção na ordem econômica para cumprir suas novas tarefas.²⁷² Afirmam ainda esses autores:

No fim do século, um fator novo foi injetado na filosofia-política liberal. Era a justiça social, antes referida, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos – estes não mais percebidos como seres isolados, mas agora como componentes de determinadas coletividades, o que lhes dava certas identidades próprias e expressava interesses comuns – de uma ou outra forma quando sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção ou quando o mercado não mostrava flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas. Um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos começou a se desenvolver, tornando-se mais forte com o advento do século XX, quando se inaugura a fase do Estado Social.²⁷³

Veja-se que o Estado Social²⁷⁴ não deixa de ser Liberal; várias características são mantidas, mas se inclui a preocupação social, antes ausente. As bases do pensamento liberal e suas pretensões de poder e liberdades mantêm-se intactas.²⁷⁵ Ou seja, procura-se conciliar a proteção dos direitos individuais e o bem-estar social²⁷⁶.

Interessante registrar que o Estado Social foi saudado pelo capitalismo *de produção*, que precisava de mão-de-obra. Era muito positivo que o Estado tivesse por obrigação dotar os trabalhadores das fábricas de estrutura que garantisse a continuidade da mão-de-obra. O Estado Social, portanto, surgiu como aliado do capitalismo (de produção²⁷⁷), servindo aos seus interesses, administrando cidades, provendo saúde aos trabalhadores, entre outros serviços fundamentais para a manutenção da produção (habitação, saneamento...). Ademais,

²⁷² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 64-65.

²⁷³ *Ibid.*, p. 67.

²⁷⁴ Outro aspecto interessante e que deve ser ressaltado é que não se pode confundir o Estado Social com um *Estado Assistencial*. Este é marcado pela ideia de “favor” prestado pelo Estado, em que os indivíduos não sentem que as medidas adotadas são direitos. Aquele parte da ideia de função social, de Estado como viabilizador das realizações dos cidadãos como portadores do direito de exigir do Estado tais prestações. Bolzan de Moraes e Streck caracterizam o Estado Social como “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político”. *Ibid.*, p. 79.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 57.

²⁷⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: RT, 2007. p. 126.

²⁷⁷ É importante registrar que, atualmente, prevalece o “capitalismo financeiro”. Trata-se da forma de capitalismo que trabalha com recursos financeiros e os movimenta com extrema facilidade pelo planeta. Sem dúvida, para este tipo de capitalismo, a questão social – e as providências estatais que serviam ao interesse do capitalismo industrial – perdem importância. Na maioria das vezes os detentores do capital sequer mantêm contato com os trabalhadores envolvidos em seus investimentos, e eventual contratempo é resolvido com a transferência dos recursos para locais “mais seguros”. Assim, como regra, o Estado não conta com o apoio desse tipo de capitalismo, o que representa mais uma dificuldade para implantação de políticas sociais.

essas concessões acalmavam os trabalhadores excluídos dos ganhos da produção. Nesse sentido, Bolzan de Moraes e Streck sintetizam:

Duas razões são explicitadas por Fernando Facuri Scaff, em seu *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*. Em primeiro lugar, a burguesia se sentiu ameaçada pelas tensões sociais existentes e, em razão delas, possibilitou maior flexibilização do regime liberal. Da mesma forma, a própria burguesia se beneficiou desta intervenção, pois permitiu que a infraestrutura básica necessária para o desenvolvimento das atividades de acumulação e expansão do capital fosse gerada com verbas públicas constituídas pela poupança e taxaço generalizadas.²⁷⁸

Ainda, Bolzan de Moraes menciona que os investimentos estatais também foram direcionados para estruturas necessárias ao desenvolvimento industrial, como usinas e estradas, o que acaba por viabilizar os investimentos capitalistas.²⁷⁹

Bolzan de Moraes e Streck salientam a mudança nas características do Estado, mas insistem em registrar que o Estado Liberal permanece:

Da propriedade privada dos meios de produção passou a viger a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital.²⁸⁰

Aqui faz-se necessária uma pausa e uma reflexão. Ao analisar essa mudança, surge novamente a problemática do conteúdo do conceito de “social”, ou seja, a discussão sobre o que isso significa. Cada ideologia possui a sua visão do social e do Direito. A Alemanha nazista, a Itália fascista e o Brasil (em 1930) são alguns exemplos de Estados com previsão de direitos sociais. Assim, fica claro que o Estado social não é incompatível com Estados autoritários. Da mesma forma, outro problema tem sido a constatação de que o grande capital ainda continua a comandar nesse modelo estatal. Grupos políticos e econômicos acabam por controlar a política do Estado e, ao fim, evitam qualquer política realmente de cunho social.²⁸¹ José Afonso Silva destaca essa problemática do conceito meramente formal:

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 77.

²⁷⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37.

²⁸⁰ STRECK; MORAIS, op. cit., p. 75.

²⁸¹ SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34 jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção²⁸².

Mas essa perspectiva de pensar o Estado fracassou em vários países, como se pode perceber na crise europeia dos últimos anos. Isto é, o Estado Social máximo não aguentou a demanda, e a crise começou.

Muitas críticas doutrinárias surgiram em relação ao liberalismo. Entretanto, não se pode desprezar as suas inúmeras contribuições, motivadas por várias razões (censuráveis ou não), diretas ou indiretas. Como diretas, pode-se citar a abolição da escravatura, a liberdade de imprensa, o combate aos privilégios de nascimento. Nas vias indiretas, destaca-se a previsão de princípios, que, embora surgidos para serem utilizados pela burguesia, tornaram-se conquistas progressivamente aplicáveis a todas as classes. Da mesma forma, não se pode esquecer que foram as Constituições desses movimentos políticos, e os regimes a que deram origem, que conduziram à introdução da *liberdade política* como direito do cidadão, como autonomia e participação.²⁸³

Em poucas linhas, é possível concluir que o Estado de Direito, de matriz liberal, com o tempo, começa a ser questionado frente aos valores de uma sociedade democrática. O Estado Social, por sua vez, demonstrou nem sempre ser democrático. Nesse cenário, José Afonso da Silva afirma que nasce o *Estado Democrático de Direito*, que não se limita à mera fusão formal de Estado de Direito e Estado Democrático, mas acrescenta um elemento revolucionário de transformação da situação atual.²⁸⁴ O direito é posto, assim, a serviço dos avanços sociais no caminho de uma igualdade material. O Brasil adota constitucionalmente a forma de um Estado Democrático de Direito.

Nessa trilha, Lenio Streck registra que o papel do direito no Estado Democrático de Direito não é abstencionista, representando um *plus* em relação ao Estado Liberal e ao próprio

²⁸² SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

²⁸³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35-36.

²⁸⁴ SILVA, op. cit.

Estado Social, na medida em que voltado para a transformação das estruturas econômicas e sociais. E acrescenta:

É possível sustentar, desse modo, que o Estado Democrático de Direito, previsto nos preâmbulos de várias Constituições, tem a pretensão de proporcionar um regime político que objetiva abranger o máximo possível de democracia e de Estado de Direito no conjunto das suas recíprocas implicações substantivas e adjetivas (Jorge Miranda). A forma e a própria previsão de procedimentos cedem considerável espaço para a realização dos direitos fundamentais sociais.

Tais direitos substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais. [...].²⁸⁵

Por evidente, não se pretende afirmar que o Estado Democrático de Direito encontra-se na linha de chegada, representando algo de perfeito e final. Pelo contrário, a crise do Estado é por muitos denunciada.²⁸⁶ Entretanto, não se pode desconsiderar a evolução das características do Estado em direção ao respeito aos direitos do cidadão, em especial no que se refere à participação desse, direta ou indiretamente, na condução do destino da sociedade democrática.

3.1.1 O Que é Isto – a Democracia?

A tradição e a história, portanto, legaram ao ocidente um Estado Democrático de Direito. Assim, é importante que seja investigado, ainda que sinteticamente, em que consiste este adjetivo que qualifica o Estado. Como visto, é ele que define o ente estatal, ou melhor, a sua forma de atuação, por todos os seus órgãos e instituições, em suas mais variadas áreas.

Norberto Bobbio propõe o que chama de “definição mínima” de democracia. Afirma que a democracia é caracterizada por constituir um grupo de regras sobre *quem* pode tomar

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42-44.

²⁸⁶ Bolzan de Moraes aborda com maestria o tema em seu livro *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Entre outros destaques, o autor traz a *crise constitucional*, consistente na ideia de “Constituição” como programa de governo, e não como paradigma do poder. O poder deve constitucionalizar. Por fim, e de fundamental importância, o autor apresenta a *crise política* ou *crise de representação*. Como contribuição para esta crise, tem-se o que se chama de “fantocheização” da democracia, caracterizada pelo “desaparecimento de alternativas reais de escolha, posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas etc.”, fazendo com que o cidadão perca o interesse pelo processo eleitoral de escolha. Afinal, não existem grandes diferenças entre os candidatos. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71.

Qual o futuro? Norberto Bobbio afirma que “[...] A dificuldade de conhecer o futuro depende também do fato de que cada um de nós projeta no futuro as próprias aspirações e inquietações, enquanto a história prossegue o seu curso indiferente às nossas preocupações [...]”. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 30.

uma decisão e *como* essa decisão deve ser tomada. É o respeito a tais regras que fazem com que as decisões sejam aceitas como decisões do grupo, embora sejam, normalmente, tomadas por indivíduos²⁸⁷.

Percebe-se com clareza que Bobbio, inicialmente, propõe uma caracterização formal ou procedimental de democracia. Ou seja, a princípio, bastaria que a decisão fosse tomada pelos indivíduos legitimados (eleitos), através do procedimento previsto. Nesse sentido, o conteúdo da decisão seria irrelevante.

Mas para essa definição mínima de democracia, Bobbio observa que não se pode desconsiderar o horizonte histórico e um juízo comparativo com outros Estados. Por exemplo, a democracia significada apenas pelo direito ao voto e pela decisão tomada pela maioria evolui continuamente²⁸⁸, sendo que hoje outros elementos foram agregados para fins de sua concepção. Nem sempre a decisão da maioria eventual deve ser considerada a mais compatível com o Estado Democrático e com seu conteúdo material. Assim, a democracia permanece constantemente aberta diante da evolução da sociedade, e, dessa forma, seu próprio conceito se altera.

Canotilho ensina que o princípio democrático é dinâmico, na medida em que não pode ser definido de forma estática, o que seria incompatível com uma sociedade ativa e aberta.²⁸⁹

Nessa linha de novos elementos decorrentes da abertura, Bobbio salienta que, para a existência efetiva da democracia, além das regras e da decisão por maioria, deve existir a possibilidade real de decidir, de escolha de alternativas, o que somente ocorrerá quando os que decidem forem portadores dos direitos de liberdade, base do Estado Liberal e do Estado de Direito em sentido forte, caracterizado por Bobbio como o “Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo”.²⁹⁰

Streck e Bolzan de Moraes também tratam da tarefa “quase impossível” de conceituar o termo democracia.²⁹¹ Nessa mesma linha, para Claude Lefort, a democracia é uma “constante invenção”.²⁹²

²⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 31.

²⁸⁸ Ibid., p. 31.

²⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 289.

²⁹⁰ BOBBIO, op. cit., p. 32.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 11-112.

²⁹² LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1993.

Mas a ideia formal do conceito de democracia parece incompleta, na medida em que, como afirmado, muitas vezes acaba por desprezar o conteúdo da decisão, que também deve ser democrático.

Nesse sentido, a democracia deve ser vista também a partir da perspectiva material, consistente na exigência de que, em uma decisão procedimentalmente democrática, o conteúdo da mesma também seja democrático. Ou seja, a decisão deve obedecer não apenas ao procedimento previsto, mas ser pautada em seu conteúdo pelas normas constitucionais.

Jorge Miranda ensina que a Constituição material compõe-se dos princípios fundamentais estruturantes que caracterizam cada Constituição, definindo a sua identidade. Segundo o mestre português, os princípios que compõem a Constituição material constituem aquilo que, como requisito de segurança jurídica, não muda, sob pena de se estar passando de uma Constituição para outra.²⁹³ É o que ocorre com o paradigma democrático, de observância obrigatória no Estado brasileiro.

Nesse horizonte, ensina Streck que “o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exurgentes.”²⁹⁴ E é o paradigma democrático decorrente da Constituição em sentido material que se impõe ao intérprete para que sejam desvendados os sentidos dos textos normativos. O sentido do texto deve ser atravessado pelo paradigma constitucional, sob pena de ilegítimo.

Nesse ponto, deve-se observar uma questão muito importante para fins da presente pesquisa, qual seja, a legitimidade democrática. Ou seja, em uma democracia *quem* está autorizado a fazer o quê?

Em síntese, pode-se dizer que em uma democracia o titular do poder é o povo. Portanto, é o povo que possui legitimidade para decidir os padrões que irão pautar a atuação do Estado, o que pode fazer direta ou indiretamente. No primeiro caso, tem-se a “democracia direta”, a qual é exercida diretamente pelo cidadão, sem intermediários. Por sua vez, na “democracia indireta ou representativa”, o cidadão escolhe os seus representantes. Estes é que decidirão os assuntos de interesse da população.²⁹⁵

²⁹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 177-178.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37.

²⁹⁵ Streck e Morais lembram que Guillermo O’Donnell apresentou um novo tipo de democracia que existia nos países da América Latina que há pouco haviam se livrado de regimes autoritários, o que denominava de “democracia delegativa”, destacando-se a característica de que, nessas democracias, o eleito não guarda qualquer responsabilidade com o que disse ou prometeu, governando como ache conveniente. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 120). É o que se chama de “déficit de representatividade”.

Portanto, é o povo, diretamente ou através de seus representantes, que deve decidir. Fará isso criando leis que, compatíveis com a Constituição Federal (conteúdo democrático constitucional), devem ser obedecidas por todos os indivíduos e, em especial, por todos os poderes da República.

Assim, ainda que de forma provisória (nos limites do que interessa ao presente trabalho), pode-se definir a democracia como um adjetivo do Estado, no qual seus órgãos e instituições, devidamente *legitimados* para fazer, pautam sua atuação pela observância das regras e princípios constitucionais democráticos, seja na observância dos *procedimentos* previstos, seja no *conteúdo* decisório. Sendo mais simples: em um Estado democrático quem está autorizado constitucionalmente a fazer deve fazer através do procedimento constitucional adequado e com observância do conteúdo constitucional.

3.1.2 Democracia e Constituição: a abordagem de J.J. Gomes Canotilho sobre o Estado Constitucional

A Constituição é o núcleo, o centro da unidade do sistema jurídico. A produção e a aplicação das normas devem obedecer aos preceitos constitucionais, o que conferirá estabilidade ao sistema jurídico construído e aplicado a partir da Constituição do Estado Democrático de Direito. A Constituição, portanto, representa o fator de unidade do ordenamento jurídico, conclusão muito relevante para o presente estudo.

Canotilho ensina que o Estado Constitucional não é apenas um Estado de Direito, embora este também indique a existência de uma Constituição. Para que se tenha um Estado Constitucional também é necessário, doutrina o ilustre autor português, que o Estado de Direito também se estruture como Estado Democrático, o que confere legitimidade à ordem estabelecida²⁹⁶.

É o Estado de Direito que garante a limitação do poder político. É o império do Direito, fundado na Constituição, que garante a limitação do poder. Mas esse Direito limitador do poder – e também da sociedade como um todo – deve ser legitimado para que seja aceito pelo cidadão. É o que Canotilho chama de “legitimação democrática do poder”²⁹⁷.

Salienta o autor que a conciliação entre Direito e democracia encontra resistência por muitos autores em decorrência da visão diversa do conteúdo do termo “liberdade”. No Estado de Direito, a liberdade é vista como negativa, ou seja, envolve direitos opostos contra o

²⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97-98.

²⁹⁷ Ibid., p. 98.

Estado. É uma liberdade liberal. Por sua vez, no Estado Democrático, a liberdade é positiva, consistente no exercício democrático do poder. Ou seja, tem-se a liberdade democrática que legitima o poder. Diante desse conflito, Canotilho afirma que “o coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*.” E conclama: “Tentemos racionalizar este balanceamento do coração”²⁹⁸.

Nessa linha de racionalização, Canotilho ensina que o Estado Constitucional conjuga Direito e democracia. Nele se exige que o Direito seja legitimado democraticamente. Aduz o autor que “o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*”²⁹⁹.

Canotilho, quando trata da democracia na Constituição Portuguesa, ensina que o princípio democrático possui dimensões materiais e organizativo-procedimentais. Ou seja, a legitimação democrática da ordem política condiciona-se substancialmente pela observação de determinados fins, valores e princípios, bem como processualmente com a observância de determinadas regras e processos. E conclui que o princípio democrático é mais do que um método ou técnica de escolha, mas possui também aspecto político, econômico, social e cultural, devendo servir como “impulso dirigente” da sociedade.³⁰⁰ A democracia passa a ser considerada um princípio informador do Estado e da sociedade³⁰¹.

O princípio democrático abrange as dimensões representativa e participativa. Na primeira, tem-se a exigência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Na dimensão participativa, tem-se a necessidade de processos que garantam a participação nas decisões.³⁰²

Por fim, Canotilho destaca o princípio da representação, um dos componentes do princípio democrático, salientando que aquele princípio se assenta na ideia de um exercício do poder de forma constitucionalmente autorizada, legítima, destinado a perseguir os objetivos do povo.³⁰³ Nesse sentido, eventual abuso nessa “autorização” torna o exercício do poder ilegítimo.

²⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 99.

²⁹⁹ Ibid., p. 100.

³⁰⁰ Ibid., p. 287-288.

³⁰¹ Ibid., p. 290.

³⁰² Ibid., p. 288.

³⁰³ Ibid., p. 293.

Nesse ponto, importante que se construa o sentido de Constituição, pensada materialmente, que deve estar presente na pré-compreensão, limitando a compreensão do intérprete. É importante destacar, mais uma vez: entende-se, com os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, que a pré-compreensão é alimentada por elementos que potencializam e/ou limitam a interpretação. Sendo mais simples: novos paradigmas (democrático no caso) informam a pré-compreensão (como um todo) e conduzem à compreensão.

Portanto, nessa linha, é possível verificar a importância e a implicação da qualificação de um Estado Constitucional como Democrático e de Direito. Na Constituição encontram-se o “Direito” e a “democracia”, um servindo de limite ao outro. Assim, o conteúdo constitucional impõe-se ao cidadão e deve ser obedecido inclusive frente a maiorias eventuais. O Estado Democrático de Direito, com sua Constituição, resulta da superação de paradigmas anteriores e trata-se de importante entrega realizada pela tradição. Para fins dessa pesquisa, destaca-se o poder de conformação que a Constituição Democrática exerce sobre a atividade do intérprete na descoberta da norma.

No próximo ponto, será verificado o que a tradição entregou ao direito processual. Ou seja, em relação especificamente ao processo, quais paradigmas foram superados e qual vigora (ou deveria vigorar) atualmente?

3.2 QUAL PROCESSO FOI ENTREGUE PELA TRADIÇÃO?

No capítulo anterior foi analisada a *tradição*, considerada “entrega” do legado da experiência histórica compartilhada, e elemento fundamental da hermenêutica filosófica de Gadamer. Foram analisados os principais legados filosóficos e constitucionais que a “tradição” entregou, assim como a forma como eles chegam até o indivíduo e pautam – ou deveriam pautar – a sua compreensão. É através da linguagem pública, não pertencente ao sujeito, que a tradição se apresenta e coloca luz para o compreender.

Constatou-se que a tradição legou ao intérprete a linguagem pública, em que os sentidos advêm de um mundo compartilhado; entregou a superação do paradigma sujeito-objeto, da linguagem privada, da subjetividade, além do advento da intersubjetividade.

Neste capítulo, foi abordado outro paradigma que deve guiar o modo de compreender o processo, seja numa perspectiva conceitual ou aplicativa (sempre considerando que é possível diferenciar essa dupla dimensão, mas jamais apartá-la, na linha de que o sentido abrangente que se crie ao processo deve refletir a prática judicial de concretização de

direitos), qual seja, o Estado Democrático de Direito, que encontra sua conformação nas normas da Constituição.

Agora se coloca o foco especificamente no processo. O que a tradição legou ao processo? Para responder a tal questionamento, é imprescindível verificar como o processo evoluiu historicamente, e quais paradigmas existem ou foram superados.

Essas respostas permitirão que, em um segundo momento (terceiro capítulo), seja possível avaliar se a entrega da tradição em relação ao processo foi devidamente recebida por aqueles que com este trabalham. Ou seja, cumpre descobrir se o processo atual é compreendido a partir dos paradigmas legítimos legados pela tradição.

3.2.1 A Unidade Fundamental do Processo: para além das discussões sobre a possibilidade de uma teoria geral do processo

Um dos temas que há muito aflige o direito processual é a possibilidade – ou não – da elaboração de uma teoria geral do processo. A relevância de tratá-lo neste trabalho reside no fato de que os doutrinadores, ao enfrentá-lo, abordam a questão da unidade estrutural do processo. Ou seja, antes mesmo de decidir sobre o cabimento ou necessidade de uma teoria geral do processo, a questão da unidade é enfrentada pelos doutrinadores. E o resultado da análise dessa questão é um dos pontos de partida da tese que se pretende apresentar.

Pois bem. Neste tema, parte da doutrina defende a existência de uma unidade essencial no direito processual, que seria compatível com os vários setores ou ramos do processo (penal, civil, trabalhista...). Esta unidade teria por objeto as instituições processuais e os elementos estruturantes válidos em todos esses ramos, como organização judicial, competência, regras gerais dos procedimentos, entre outros. Sustenta-se que o direito processual é único, como função estatal, bem como são comuns os seus princípios fundamentais, em todos os ramos.³⁰⁴ O processo é considerado uma instituição comum. Esta corrente é denominada de *autonomista (unitarista ou unificadora)* e defende, portanto, a existência de uma teoria geral do processo.

Nessa trilha, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que, como expressão da uma jurisdição estatal³⁰⁵, o direito

³⁰⁴ RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 26.

³⁰⁵ Nesse sentido, sobre a unidade da jurisdição, ensina Aroca: “La jurisdicción, como potestad dimanante de la soberanía del Estado, es necesariamente única; es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido hablando de la jurisdicción civil, de la penal, etc.”.

processual também é uno, como um sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. Ensinam que a grande divisão entre civil e penal decorre de exigências pragmáticas relacionadas à natureza das normas substanciais que têm por objeto. Destacam que no direito comparado vários países tratam em diploma único o processo, como Suécia, Panamá e Honduras. Assim, diante do tratamento constitucional e da identidade comum de institutos, defendem a elaboração de uma teoria geral do processo.³⁰⁶

Ainda, os citados autores advertem que essa “unidade estrutural” do direito processual não significa afastar a existência de diferenças entre os ramos. Entretanto, aduzem que muitas das diferenças que se aponta baseiam-se na diferenciação entre interesse público (processo penal) e privado (processo civil), o que praticamente desaparece quando se trata de comparar o processo penal com o processo civil “inquisitivo”, que trata de direitos indisponíveis, e, por outro lado, quando se compara o processo civil com os casos de ação penal privada.³⁰⁷ Por fim, os autores propõem a existência de um “processo constitucional”³⁰⁸, que deveria pautar todos os ramos.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho defende a possibilidade de uma teoria geral do processo, uma vez que o direito processual como um todo teria sua estruturação básica na Constituição Federal. O autor ressalta as peculiaridades decorrentes do direito material, salientando que é tarefa do estudioso descobrir o que é comum a todos os ramos e que irá compor a teoria geral. Por fim, Greco Filho destaca que o reconhecimento da possibilidade de existência de uma teoria geral do processo, ao contrário de enfraquecê-lo, realça a sua autonomia, reconhecendo que no processo há algo puramente processual, independente da relação de direito material.³⁰⁹

Por sua vez, há autores que defendem o contrário, ou seja, por várias razões, sustentam a impossibilidade de uma teoria geral do processo. Nesse horizonte, Ovídio Baptista e Fábio Gomes filiam-se à teoria *dualista (diversificadora)*. Em síntese, afirmam que os argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem uma teoria unitária do direito processual podem

(AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal**. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 1976. p. 28). Para o autor, confunde-se jurisdição com manifestação da jurisdição em cada ramo processual.

³⁰⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54.

³⁰⁷ Ibid., p. 55.

³⁰⁸ Após destacarem a importância do tratamento constitucional do processo, salientam os autores: “É por isso que os estudos constitucionais sobre o processo podem ser apontados entre as características mais salientes da atual fase científica do direito processual: Cappelletti, Denti, Vigoriti, Comoglio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Buzaid, José Francisco Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns entre os nomes que vêm se destacando na análise do denominado processo constitucional. Seguem a esteira dos pensamentos pioneiros de Goldschmit, Calamandrei, Couture e Liebman [...]”. Ibid., p. 85.

³⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23-24.

ser assim sintetizados: origem comum do processo penal e civil; a unidade da jurisdição; a identidade de institutos comuns; a referência constitucional apenas ao processo, sem divisão. Contra esses argumentos, sustentam: a origem comum não impede que a ciência do direito evolua, como ocorreu; embora comum, a jurisdição possui diversidade diante dos objetos a que se refere; os institutos que se afirmam comuns, na verdade, possuem diferenças substanciais dependendo do objeto.³¹⁰ Assim, os autores salientam que não existem elementos similares suficientes que justifiquem a elaboração de uma teoria geral que os tenha por objeto.

Entretanto, embora entendam que não existe similitude suficiente para a construção de uma teoria unitária do processo, Ovídio e Fábio reconhecem que todos os ramos do direito processual constituem uma “vasta unidade”.³¹¹ Registre-se, mais uma vez, que a constatação desta circunstância, dessa incontroversa unidade do processo, é muito importante para os objetivos da presente pesquisa, pois é o ponto de partida para o aprofundamento da proposta em um nível paradigmático, como *unidade fundamental*.

Outra denominação conferida àqueles que não admitem uma teoria geral do processo é a *corrente diversificadora*, uma vez que leva em conta a “diversidade” do direito material tratado. Veja-se que os adeptos desse posicionamento não controvertem acerca da existência de vocabulário e instituições similares entre direito processual civil ou penal. Entretanto, afirmam que essa identidade, em muitos casos, é apenas aparente, limitando-se ao funcionamento interno das regras jurídico-processuais, não sendo válidas, por exemplo, para a estrutura dos atos processuais, suas consequências jurídicas, eficácia ou nulidade, entre outras situações.³¹² Afirmam que diante da diversidade das “normas de fundo” (direito penal, civil etc.), o tratamento conjunto conduz a erros conceituais e confusões, muitas vezes gerando

³¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-38. Importante registrar a seguinte passagem: “[...] Quanto às noções afins de vários institutos, trata-se intrinsecamente de mera aparência. Curiosamente, é com base nos ensinamentos contidos em uma das últimas obras de Carnelutti – um dos grandes defensores da teoria unitária – que Fernando Luso Soares afirma ocultar ‘tal aparência de similitudes o real de uma grande diferença’. A ideia de defesa, no âmbito civil, está desvinculada da exigência de um defensor vigilante e não desidioso, que no processo penal constitui causa de anulação; ao contrário, pois os arts. 300 e 302 do CPC legitimam a situação da vantagem, por parte do autor, ante as eventuais falhas da defesa do réu. A noção de coisa julgada no processo penal não pode ser compreendida de forma rígida como é tratada no âmbito civil, pois o espectro da revisão criminal é praticamente ilimitado, além de não haver prazo (arts. 621 e 622 do CPP), ao contrário da ação rescisória (arts. 485 e 495 do CPC). De igual modo quanto aos recursos, pois que em sede processual civil não se compreenderia a viabilidade de um novo julgamento apenas em razão da gravidade da consequência, para o réu, do resultado do julgamento; já o réu condenado no processo penal a uma pena igual ou superior a 20(vinte) anos terá direito, tão-só em razão disso, a um novo julgamento, pleiteando-o através do protesto por novo júri (art. 607 do CPP)”. (Ibid., p. 39). Registre-se que o comentário acima tem por base o CPC de 1973, bem como que o instituto do protesto por novo júri foi excluído do direito brasileiro através da reforma de 2008.

³¹¹ Ibid., p. 40.

³¹² RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 27.

construções inúteis que mais escondem que explicam. Registram que o direito processual penal muito tem sofrido com a transmissão de institutos do direito processual civil³¹³.

Em réplica, os *autonomistas* sustentam que a diferenciação é equivocada. Como já exposto, em relação à alegada diferença de caráter privado (processo civil) e público (processo penal), não se explica quando se considera as questões de família tratadas pelo direito civil, onde existe claro objeto de interesse público. Da mesma forma, o posicionamento dos sujeitos, diferente nos vários ramos, é próprio da caracterização de cada um.³¹⁴ Em síntese, os argumentos lançados não tratariam de elementos essenciais do processo, mas de elementos secundários, decorrentes das peculiaridades do direito de fundo.

A teoria geral do processo teria como conteúdo a definição de conceitos lógico-jurídicos dos institutos fundamentais do processo, aplicáveis a todos os ramos, o que não impediria que cada ramo processual tivesse suas peculiaridades. Não existem dois conceitos de jurisdição, embora ela seja exercida de forma diferente no processo penal e no processo civil.³¹⁵ Da mesma forma, não há como pensar o paradigma democrático – que deve ser considerado sempre pelo intérprete – de forma diferente.

Omar A. Benabentos afirma que a distinta natureza dos conflitos tratados pelo direito processual não afeta o seu objeto do conhecimento e nem prejudica o desenvolvimento de uma teoria geral do processo. Buscando afastar argumentos contrários, na linha do que já foi acima mencionado, o autor lembra que o conflito pode ter claro interesse público, como é o caso do processo penal, e terminar por institutos que se pretendia – mas não são – típicos de um direito privado, como a composição. Em sentido oposto, em diversas legislações, o interesse da vítima ou a reparação do dano obsta o interesse público, impedindo o prosseguimento do processo penal.³¹⁶ No caso do Brasil, os exemplos de Benabentos podem ser verificados no Juizado Especial Criminal, onde existe “composição cível” entre vítima e réu (autor do fato), e a “transação penal” (acordo) encerra o processo.

Essa discussão é antiga. Carnelutti (1960) trata do tema a partir de um olhar peculiar. Recorda do tratamento desigual dispensado ao processo em razão da natureza do direito material de fundo, conferindo ao processo civil uma falsa superioridade:

¿No es verdad que, en el fondo, comparado con el del proceso penal, es el ambiente mismo del proceso civil el que da una impresión de superioridad?

³¹³ RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 28.

³¹⁴ Ibid., p. 28-29.

³¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2009. v. 1, p. 21-22.

³¹⁶ BENABENTOS, Omar Abel. **Teoría general del proceso 1**. Rosário, AR: Librería Juris, 2002. p. 95.

Escrituras cuidadosas, discusiones reposadas y, sobre todo, por lo menos aparentemente, personas exquisitas; el proceso penal, en cambio, inquieto, bullicioso, turbulento, hasta sucio, es un poco *la corte de los milagros* en el palacio de justicia. En una palabra, el reino de los andrajosos. Por la otra, si no el de los ricos, por lo menos el de los acomodados. ¿Qué ha de extrañar, pues, si al gobierno de éste, y no al de aquél, aspiran los mejores técnicos y a su estudio los más prometedores científicos?³¹⁷

Sem dúvida, essa “impressão de superioridade” contribui para reforçar a pretensão de afastamento dos ramos. Após longa análise do que, à época, estava sendo proposto pela doutrina americana, ou seja, uma teoria geral do processo, Carnelutti ensina:

La conclusión de estas reflexiones es que una teoría general del proceso no podrá construirse más que con la colaboración perfectamente paritaria de los trabajadores de los dos campos y, por tanto, con la renuncia de la ciencia procesal civil a cualquier derecho de primogenitura. Dejando las razones, poco honorables para la humanidad, de su adelanto frente a la hermana, la mayoría determina obligaciones más que derechos hacia la juventud; y la primera obligación de los civilistas a propósito de teoría general es la de la revisión de sus dogmas para adaptarlos a comprender un dato, del cual tan sólo una mitad y no la más importante, se contiene dentro de las fronteras del proceso civil.³¹⁸

Conclui-se que a controvérsia apresentada, embora antiga, ainda parece longe de terminar. Na obra *Teoria, história e processo*, Marco Félix Jobim trata a matéria em capítulo específico, focando o tema no direito brasileiro³¹⁹.

O que deve ficar bem claro, e este é o ponto que interessa para os limites do presente trabalho, é a incontroversa *unidade fundamental* do processo (ainda que, para alguns, esta unidade não seja suficiente para a construção de uma teoria geral). É a afirmação dessa unidade fundamental uma das bases da tese que se propõe, conduzindo a que se investigue e demonstre *como se constitui* esta unidade fundamental em nível filosófico (legados entregues pela tradição – superação de paradigmas), e *em que se constitui* (conteúdo – quais legados foram entregues), bem como as consequências dessa unidade para o fenômeno jurídico. Esta unidade reside naquilo que a tradição entregou em relação ao processo e que não pode ser desconsiderado na compreensão, independentemente do direito material objeto do processo.

A partir do lugar de fala do presente trabalho, a unidade do processo decorre do compartilhamento dos elementos filosóficos e constitucionais entregues pela tradição, ou seja,

³¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960. p. 18.

³¹⁸ Ibid., p. 50.

³¹⁹ JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**: com referência ao CPC/2015. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2016.

é composta pelos paradigmas atuais que se referem ao processo. Assim, independentemente do ramo do direito processual, todos estes elementos compõem o processo.

A proposta apresentada considera o processo, em sua unidade fundamental decorrente dos paradigmas herdados, como condição de possibilidade para a compreensão, na linha trabalhada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, a partir dos aportes da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer. O afastamento de qualquer elemento que compõe essa unidade fundamental conduzirá a uma inadequada compreensão.

3.3 O QUE É O PROCESSO? EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO PRIVADA PARA A JURISDIÇÃO PÚBLICA

Ao adentrar no estudo de um tema, é de fundamental importância dominar os conceitos apresentados pela doutrina sobre a matéria. No caso, apresentar o que foi doutrinariamente construído para o processo não é apenas importante, mas fundamental. Não se deve apenas estudar os conceitos históricos, mas também analisar a suficiência deles. Ou seja, os conceitos eminentemente jurídicos (ou de ciência jurídica) de processo são suficientes para que se compreenda adequadamente o fenômeno? A resposta negativa levará à conclusão de que um novo modo de visualizar o processo faz-se necessário.

Diversos doutrinadores e escolas teóricas procuraram esclarecer o conceito e a natureza do processo. Afinal, o que é o processo?

Ovídio Baptista e Fábio Gomes definem o processo como uma relação processual, constituída entre o juiz e as partes, integrada por uma série de atos, tendo por objeto a prestação jurisdicional e como causa a vedação da autotutela. Segundo os autores, a obra de Bülow é o marco da autonomia do direito processual diante de qualquer outro ramo da ciência jurídica, uma vez que possui objeto próprio, a tutela jurisdicional. Diante de sua autonomia, o direito processual vale por si, inclusive quando não sirva à realização do direito material. Ovídio e Fábio ainda advertem que é descabida a identificação entre direito material e direito privado (ou com um direito não processual). Salientam que da relação processual muitas vezes surge uma relação que pode ser objeto de outro processo, como na ação rescisória, e que deverá ser tratada como relação jurídica de direito material³²⁰. No presente estudo, será proposto que o próprio processo pode ser considerado direito material da parte.

³²⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35-36.

Em outra obra, o processualista gaúcho refere-se ao processo como “avançar, caminhar em direção a um fim”, destacando que ele “envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado”. Ainda, destaca a universalidade do que se chama processo, aduzindo que “nem só no direito ou nas ciências sociais existem processos. Também na química as transformações da matéria se dão através de um processo; e na biologia costuma-se falar em processo digestivo, processo de crescimento dos seres vivos etc.” Lembra o autor que, no direito, processo está vinculado à ideia de processo judicial, como atividade voltada para a obtenção da tutela jurídica estatal³²¹.

Ainda que reafirmando o caráter instrumental do processo, o autor mexicano Francisco José Contreras Vaca destaca o caráter de unidade fundamental do processo com princípios retores que o unificam, inclusive em relação aos diversos países.³²²

Nessa coordenada, Rosemiro Pereira Leal apresenta o processo com foco na constitucionalidade e destaca o caráter universal dos paradigmas que atuam no processo. Aduz Leal que “o processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de direito democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos”³²³. Trata-se de importante afirmação para o presente trabalho, como será demonstrado logo mais.

Conforme referido, durante a história várias escolas procuram definir a natureza do processo, objetivando a sua correta conceitualização, sendo importante conhecê-las.

3.3.1 Escolas

As escolas que procuram definir a natureza/conceito do processo podem ser divididas em “Escolas Privatistas”, que apresentam as teorias *contratuais* e do *quase-contrato*, e as “Escolas Científicas Públicas”, que definem o processo como *relação jurídica* (Bülow), *situação jurídica* (Goldschmidt) ou *instituição jurídica* (Guasp). Relevante apresentar, ainda que resumidamente, cada uma delas.

3.3.1.1 Escolas Privatistas

- *Teorias Contratuais*

³²¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 13.

³²² CONTRERAS VACA, Francisco José. **Derecho processual civil**: teoría y clínica. Oxford University Press, 2011. p. 03.

³²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Livraria, 2002. p. 172.

A teoria contratual foi apresentada por *Robert Joseph Pothier* (1800). Como o próprio nome indica, as *teorias contratuais* consideram o processo como um contrato. Ensina Fairén Guilén que esta ideia remonta à época romana, quando a jovem Roma não tinha força para impor-se aos cidadãos. Assim, para sujeitar as partes, buscou-se um instrumento privado, o contrato, celebrado perante o pretor. Era o contrato de *litiscontestatio*³²⁴, ou seja, o compromisso através do qual as partes comprometiam-se em aceitar a decisão do pretor.

Assim, vinculadas ao direito privado, estas teorias sustentam que o processo consiste num acordo entre autor e réu, em que são fixados os pontos controvertidos e, ao final, proferida uma decisão.

Os críticos alegam que essas teorias não explicam como ficaria o processo no caso de ausência de uma das partes ou mesmo diante da ausência de vontade no acordo (em especial no processo penal). Destacando a corriqueira ausência de voluntariedade das partes em participar do processo, Iván Escobar Fornos refere:

Pero en realidad, el proceso no es un contrato. El actor no llega voluntariamente al proceso. Es el único camino viable que tiene para satisfacer sus pretensiones.

Con excepción de la legítima defensa y el amparo o restitución por actos de perturbación y despojo de la posesión, al actor no le queda más camino para obtener la protección jurídica que recurrir al proceso. Debe acudir al proceso para poder actuar lícitamente.

Tampoco el demandado comparece voluntariamente al proceso. Si no llega al proceso, se le declara rebelde con las consiguientes desventajas y sanciones.

Esto en el sistema latino que sigue nuestro ordenamiento jurídico. En el sistema austríaco las consecuencias son más graves, pues se considera que el contumaz da por aceptados los hechos. La doctrina sajona es todavía más radical: si el demandado no llega al proceso, se le condena al tenor de la demanda.³²⁵

A ideia de processo como contrato encontra-se superada.³²⁶ Não é possível equiparar o processo a um contrato voluntariamente pactuado. Da mesma forma, é incorreto confundir o processo com a *litiscontestatio*, com o compromisso nele assumido, na medida em que ela pressupõe a existência do processo, surgindo em um momento posterior para garantir a

³²⁴ GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. p. 36-37.

³²⁵ FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998. p. 83.

³²⁶ Sobre este ponto, Guillén registra: “Ya no se basa en la actualidad en un contrato; tal concepción está históricamente superada. En relación con el concepto de soberanía, aparece históricamente el hecho de la sujeción de una (muchas) persona a toda la organización de un Estado, y en ella, a la ‘jurisdicción’, o potestad – imparcial, desde luego – de ciertos elementos integrantes del Estado, de ‘juzgar los conflictos’ y de ‘hacer ejecutar las resoluciones que les pongan fin’”. GUILLÉN, op. cit., p. 19.

eficácia deste. Por fim, a presente teoria confunde o processo com um negócio jurídico entre as partes, o que é incompatível com o interesse público ínsito ao processo.

- *Teoria do Quase-Contrato*³²⁷

Por volta de 1850 foi apresentada por *Savigny* e *Guényva* a ideia de processo como “quase-contrato”, na medida em que ao menos uma das partes atuava com voluntariedade, podendo legalmente sujeitar a outra. Rosemiro Pereira Leal ensina que, segundo esta teoria, “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexó entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide”.³²⁸

Verifica-se que, superadas as teorias contratuais e diante do surgimento da jurisdição, os juristas, sem conseguir vencer as amarras da vinculação ao direito privado, passaram a sustentar que a *litiscontestatio* ainda era a ideia central, não mais como um contrato, mas como um quase-contrato. Guillén observa:

[...] las partes no quedaban ligadas entre si y a jueces ‘privados’ en virtud de un contrato, sino en virtud de la potestad que los ‘nuevos’ jueces recibían del Estado, en el cual radicaba (como mucho más desarrollado; hasta hacerse despótico): los ciudadanos estaban sujetos a esta ‘potestad’ y no podían disponer de ella contratando.³²⁹

Veja que, afastado o contrato, não se evoluiu para uma concepção pública de processo. A tradição privativista da época insistiu em manter a *litiscontestatio* como ponto central. O indivíduo era sujeito ao processo não mais pelo contrato, mas porque a lei conferia ao autor o poder de sujeitar o réu.

Em resumo, esta teoria procura salva a teoria anterior, buscando na figura do “quase-contrato” a natureza do processo. Assim, haveria processo mesmo nos casos em que não ocorresse o consentimento de alguma das partes. As críticas apresentadas à ideia de processo

³²⁷ Cretella Junior define o *quase-contrato* como "o ato lícito e voluntário que torna seu autor credor de outra pessoa, sem que tenha havido prévio acordo de vontades entre ambas". (CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998). A obrigação decorre da lei, e não da vontade das partes.

³²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

³²⁹ GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. p. 38.

como contrato também podem ser opostas a esta teoria.³³⁰

3.3.1.2 Escolas Científicas Públicas

- *Teoria da Relação Jurídica*

A teoria do processo como relação jurídica ainda hoje orienta o entendimento de muitos juristas. A origem desta teoria pode ser encontrada na obra *La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales* (1868), de Oskar Bülow. Inicialmente, Bülow definiu a existência de dois planos de relações jurídicas: direito material e direito processual. Criou-se então o direito processual como matéria autônoma, não mais vinculada ao direito material, viabilizando o desenvolvimento de vários temas processuais. Outra contribuição do autor refere-se à teoria dos pressupostos processuais, estabelecendo-se requisitos para que a relação processual fosse estabelecida de forma regular.³³¹

O maior mérito da teoria de Bülow consistiu em trazer o processo para o âmbito do direito público. O processo seria uma relação jurídica pública estabelecida entre as partes (autor e réu) e o Estado, bem como seria independente da relação jurídica de direito material,³³² ou seja, possuiria autonomia em relação ao direito material. A relação jurídica processual não é vinculada ao sucesso ou ao fracasso do mérito da demanda; não é vinculada ao direito material.

O processo para Bülow seria constituído por relações recíprocas de direitos e obrigações. O processo seria uma via de mão dupla, em que as partes têm direito à atividade estatal, e o juiz possui o dever de conduzir o processo.³³³

Aury Lopes Jr. afirma que, partindo dos fundamentos de Bülow, aperfeiçoados por Wach e Chiovenda, o processo poderia ser definido como “uma relação jurídica pública,

³³⁰ Importante a observação de Jaime Guasp: “Cuando se afirma que el proceso no puede considerarse como um contrato ni como um cuasicontrato, no se quiere prejuzgar en modo alguno el problema de la posibilidad de existencia de tipos históricos de procesos cuya naturaleza no responda a alguna de estas figuras: en particular no trata de discutirse si la litiscontestatio en el derecho romano era o no en realidad contrato arbitral, refrendado simplemente por la autoridad, por el cual se sometían las partes al árbitro instituido. No es dudoso que esta concepción repugna por completo a la naturaleza del proceso actual cuyo sentido es el que nos interesa únicamente aquí”. GUASP, Jaime. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997. p. 32. (rodapé)

³³¹ BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El foro, 2006. (Colección Clásicos del Derecho).

³³² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.

³³³ Ibid., p. 67.

autônoma e complexa, pois existem, entre as três partes, verdadeiros direitos e obrigações recíprocos”.³³⁴

Ferreyra de de La Rúa e González de La Veja de Opt, ao tratarem dessa teoria, registram que “su principal exponente es Von Büllow, quien afirma que la actividad, derecho y obligación de los sujetos procesales tienen como fuente la ley”. E prosseguem, aduzindo que “así es como el proceso se origina en una ‘relación de carácter procesal’ que se suscita entre todos que intervienen, creando obligaciones y derechos diferenciables entre dichos sujetos”.³³⁵

As críticas lançadas contra a ideia de processo como relação jurídica são sintetizadas por Fornos:

Cualquiera que sea la manera de configurar la relación jurídica, esta teoría es atacada por dos flancos: en primer lugar, se les niega el carácter de verdaderos derechos y deberes a los que median entre los sujetos de la relación. En segundo lugar, se estima un inconveniente considerar como relación jurídica, siquiera como compleja, un conjunto de relaciones jurídicas menores. Dice Guasp: ‘La primera de estas críticas se funda en la observación esencial de que ninguno de los vínculos o ligámenes que existen entre los diversos sujetos del proceso pueden considerarse como verdaderos deberes y derechos de carácter jurídico procesal. El juez tiene obligación de conocer la demanda y de decidir sobre ella; pero esta obligación es de carácter público, no estrictamente procesal, como no lo es tampoco el derecho correspondiente a dicha obligación. El demandante no tiene, por tanto, un derecho de carácter procesal frente al juez, como tampoco frente al demandado, puesto que este no tiene obligación procesal alguna, sino cargas: la no comparecencia del demandado no lleva consigo en el proceso moderno sanción alguna, sino simplemente el perjuicio que, para el propio interés del demandado en que el actor no obtenga una sentencia favorable, supone la declaración o constitución en rebeldía. Lo mismo puede decirse de los pretendidos derechos del demandado en relación con el demandante que soporta asimismo en el proceso cargas pero no obligaciones’.³³⁶

Portanto, a principal crítica apresentada a esta teoria consiste na afirmação de que a vinculação entre os sujeitos do processo não pode ser considerada como decorrente de direitos e deveres, uma vez que um não pode exigir nada do outro ou do juiz, mas apenas assume as consequências da perda de oportunidade. Simplesmente aceita a possibilidade de sofrer um prejuízo. Assim, não se pode caracterizar essa relação como jurídica, o que exigiria a presença de direitos e deveres.

³³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67.

³³⁵ RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 60.

³³⁶ FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998. p. 85-86.

Apesar das críticas, mais uma vez deve ser registrado que ainda hoje esta teoria exerce grande influência no meio jurídico.

- *Teoria da Situação Jurídica*

A ideia de processo como “situação jurídica” partiu de *James Goldschmidt* (1925). O processo representa um mundo de instabilidade, é uma guerra povoada pela incerteza. As partes buscam a melhor situação jurídica com o aproveitamento das oportunidades na esperança de uma sentença favorável.

Goldschmidt entende que “la esencia del proceso esta dada por la función judicial de las normas que generan una situación jurídica”³³⁷, consistente na expectativa de uma sentença favorável. O vencedor, como na guerra, desfruta de situação vantajosa, independente de ter ou não um direito anterior. Não se fala em direitos ou obrigações, mas, sim, em “chances” (possibilidade), “expectativas” (de uma decisão favorável), “perspectiva” (de uma decisão desfavorável) e “carga” (interesse – não obrigação – de provar).³³⁸

Galeno Lacerda observa que para Goldschmidt não existe relação jurídica sequer entre as partes e o juiz, sendo que este terá relação apenas com o Estado em decorrência da função pública.³³⁹

O resultado do processo dependerá da habilidade das partes em “ocupar” uma situação jurídica favorável, cumprindo suas cargas e lançando sobre a outra parte cargas que devem ser liberadas mediante a prova ou relançadas sobre a parte adversa.³⁴⁰ Não se fala em direito ou obrigação, mas sim em “carga” para ter uma situação favorável. Fornos refere que:

Esta tesis es expuesta por Goldschmidt. Este autor niega la existencia de una relación procesal y solo observa que en el proceso existe un conjunto de situaciones jurídicas: expectativas, posibilidades y liberación de cargas procesales de las partes. El juez no tiene deberes ni obligaciones, sino que, como órgano del Estado, es quien rige y gobierna el proceso resolviendo de acuerdo con la ley. Esta teoría es criticada, entre otras razones, por cuanto toda situación jurídica supone una relación; y porque, además, excluye al juez de la relación jurídica.³⁴¹

³³⁷ RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 60.

³³⁸ GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. p. 40.

³³⁹ LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 29.

³⁴⁰ GUILLÉN, op. cit., p. 41.

³⁴¹ FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998. p. 86.

A importância da doutrina de Goldschmidt consistiu em observar que a juridicidade das normas não é suficiente para sua eficácia. Ele considera o processo, na prática, como uma luta para vencer por todos os meios, o que pode ser considerado uma interpretação sociológica do processo. Seu grande mérito foi o descobrimento de fatores sociológicos e econômicos no processo.³⁴²

As críticas apresentadas em relação ao pensamento de Goldschmidt podem ser assim sintetizadas: não se pode falar em uma situação jurídica, mas, sim, em um conjunto de situações jurídicas; a situação de incerteza refere-se ao direito material e não ao direito processual.³⁴³ Ainda, acrescenta-se a crítica constante da citação acima, qual seja, a presente teoria não considera a figura do juiz, o qual não possuiria nenhuma carga.³⁴⁴

- *Teoria da Instituição Jurídica*

Jaime Guasp (1948) é o grande nome dessa teoria, sustentando que o processo é uma organização jurídica “al servicio de una ‘idea común objetiva’ representada por la paz social y la justicia. Es decir, que las actividades que desarrollan los sujetos procesales están vinculadas entre si por esta institución: idea común objetiva”³⁴⁵. Guasp sustenta que “La idea de la satisfacción de pretensiones es precisamente la idea objetiva en cuya realización colaboran las voluntades particulares de los distintos sujetos del proceso”.³⁴⁶ Em outra obra, ensina:

Entendemos por institución no simplemente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad.

La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización.³⁴⁷

³⁴² GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. p. 41.

³⁴³ *Ibid.*, p. 41-42.

³⁴⁴ Galeno Lacerda observa que a teoria de Goldschmidt encontra poucos adeptos, sendo muito aceita no Japão. E conclui que, embora correta a análise do que é peculiar ao processo, tal situação não afasta o fato de que o processo é “um feixe de relações jurídicas”. LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 29-31.

³⁴⁵ RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 61.

³⁴⁶ GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981. p. 45.

³⁴⁷ GUASP, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997. p. 36.

A teoria ora analisada apresenta importante imprecisão. Afinal, o que é instituição? Frederico Marques, citado por Carreira Alvim, sintetiza:

O defeito desta teoria [...] está no impreciso conceito de instituição, pois tudo pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição [...] razão não há para substituir-se a noção de relação processual por aquela de instituição.³⁴⁸

Portanto, verifica-se, inclusive pelo teor da citação acima, que essa proposta teórica não consegue superar a aceitação da teoria da relação jurídica processual. Para Galeno Lacerda, a teoria institucionalista possui uma ideia teleológica do direito como meta social e, portanto, pode ser considerada como complementar – ou mesmo contida – à teoria da relação jurídica, na medida em que apenas olharia o fenômeno por outra perspectiva.³⁴⁹

- *Síntese da Evolução – o Processo Democrático*

Pode-se perceber que a ideia de processo evoluiu de uma *concepção privatística*, com o processo pensado como um negócio jurídico entre as partes, afastando qualquer preocupação para além do interesse dos pactuantes, para uma *concepção publicista*, na qual a participação do Estado é indispensável, uma vez que também existirá o interesse público na solução da controvérsia.

Veja que essa concepção publicista ainda prevalece até hoje. Entretanto, a análise realizada acima demonstra claramente a insuficiência das ideias tradicionais para a correta conceitualização do processo em um Estado Democrático de Direito.

As teorias apresentadas não conseguem superar o enfoque privatístico do direito. Para autores como André Cordeiro Leal, a própria definição de processo como relação jurídica proposta por Bülow mantém este enfoque, na medida em que parte do vínculo de subordinação entre as partes, fundamento do direito obrigacional, além de considerar a jurisdição como atividade do juiz (e não do Estado). Ainda, não se pode esquecer que as ideias de Bülow também alimentam a discricionariedade judicial, na medida em que o autor sempre avaliou o papel da magistratura como central, considerando o processo como “uma

³⁴⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 157.

³⁴⁹ LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32.

técnica de atuação de juízes em relação ao reforço de convicções nacionais alemãs”,³⁵⁰ o que será melhor analisado neste estudo no momento oportuno.

Talvez a insuficiência decorra da ausência de uma visão do processo a partir da filosofia, ponto de partida da presente pesquisa. As teorias apresentadas consideram o processo como instrumento que serve ao juiz, não se dando conta de que o processo – adequadamente compreendido – é um limitador e legitimador da atividade judicial, além de ser uma garantia das partes.

3.4 A TRADIÇÃO E OS PROCESSOS CIVIL E PENAL

Já foi afirmada a unidade do processo. Entretanto, historicamente a evolução de tais ramos processuais foi estudada de forma e com nomenclatura diversas, embora muitas vezes tratassem do mesmo fenômeno.

Nesse sentido, serão destacados dois acontecimentos históricos fundamentais para a compreensão da evolução da ideia de processo. Primeiro, a evolução do liberalismo para o socialismo processual, tema enfrentado no processo civil. Segundo, a evolução do sistema inquisitivo para o sistema acusatório, tratado no processo penal.

3.4.1 O Processo e a Evolução do Estado

Não há como negar a relação existente entre o processo e a forma de Estado. As características do processo, como regra, refletem as características do Estado. José Frederico Marques afirma que “o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça”.³⁵¹

Nessa linha, no direito comum clássico, o processo partia da ideia de igualdade fundamental entre as partes e com relação ao juiz. Já no final do século XVII, a jurisdição passa a ser entendida como expressão da soberania estatal, sendo que no processo é afastada a ordem isonômica, passando a valer uma ordem assimétrica. O processo começa a ser definido como direito formal, mera técnica. Entre os séculos XVIII e XIX, o Estado assume o

³⁵⁰ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008. p. 28-29.

³⁵¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 37.

monopólio da jurisdição.³⁵² Veja-se que, conforme o Estado vai se fortalecendo, o processo ganha novas características. Assim, com o processo vinculado ao Estado, passa-se a considerar que os ordenamentos jurídicos seriam concepções ideológicas de cada Estado.

Nessa linha, no processo penal, Gilberto Thums entende que os sistemas processuais (inquisitivo e acusatório) indicam a ideologia do Estado na ordem jurídica. Para o autor, o sistema inquisitivo é compatível com Estados autoritários, com Direito Penal Máximo; ao passo que o sistema acusatório, também conhecido como sistema de garantias, é adotado por Estados de Direito Penal Mínimo.³⁵³

Da mesma forma, no processo civil, a doutrina identifica dois grandes modelos de processo ligados à caracterização do Estado. Primeiro, o *liberalismo processual*, fundado no protagonismo das partes. Segundo, o modelo *social de processo*, considerado como uma instituição para prover o bem-estar social.³⁵⁴

Portanto, pode-se dizer que, como regra, a evolução do Estado influencia na forma processual. Estados autoritários possuem um processo com características autoritárias e arbitrárias. A consagração de um Estado Democrático de Direito conduz à busca de um processo que também respeite o ordenamento jurídico democrático e reconheça como seu limite e fundamento os novos paradigmas.

3.4.2 O Que a Tradição Entregou ao Processo Civil?

Pode-se dividir a evolução do processo civil em dois períodos. O primeiro, chamado de *pré-liberal*, que pode ser segmentado em três fases: a “ordem jurídica medieval”, o “direito comum clássico” e a “jurisdição como expressão de soberania”. O segundo abrange o *liberalismo*, a *socialização processual* e o *neoliberalismo processual*.

3.4.2.1 O Período Pré-Liberal

Na *ordem jurídica medieval*, a jurisdição era exercida por particulares, como lordes e barões, em uma organização social de poder descentralizado. Ela era fundada na ética e na dialética, não na autoridade ou na vontade do governante. O processo era um conjunto de

³⁵² PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 14-17.

³⁵³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 175.

³⁵⁴ PICARDI, op. cit., p. 17-18.

regras deontológicas e técnicas, as quais eram transmitidas pelos juristas antigos, de geração para geração.³⁵⁵

Por sua vez, no *direito comum clássico*, o processo ganha novas características, possuindo como eixo o contraditório, o *audiatur et altera pars*, estabelecido entre as partes e com o juiz³⁵⁶.

Importante observar que, até este momento, prevalecia uma ordem isonômica no processo, na qual as partes atuavam em condições de igualdade. É claro que esse desiderato era de difícil alcance, sendo que muitas vezes o juiz acabava por privilegiar uma delas, normalmente a mais forte. Em vários países, como na Itália, a remuneração dos magistrados era paga pelas partes mediante serviço prestado, levando muitas vezes ao prolongamento desnecessário do processo e estimulando a parcialidade em favor da parte mais rica³⁵⁷.

No século XVII, surge a *jurisdição como expressão da soberania*. A ordem isonômica que até então vigorava transforma-se em uma ordem assimétrica, sustentada na lógica da autoridade do Estado, representado pelo juiz. A verdade, considerada até esse momento como provável, converte-se em absoluta, a ser revelada pelo juiz mesmo sem o contraditório. A decisão decorre de um raciocínio não revelado claramente pelo juiz. O Estado monopoliza a jurisdição.³⁵⁸ O processo torna-se mera técnica, afastada a sua característica original de garantia,³⁵⁹ fundada principalmente na igualdade das partes.

Assim, supera-se a fase pré-liberal com o Estado assumindo a distribuição da justiça. Diante da função proeminente do ente estatal, nasce a já referida ideia de que os ordenamentos jurídicos refletiam sua concepção ideológica, sendo, assim, possível identificar dois grandes modelos do século XIX, o *liberalismo processual* e o *modelo social de processo*.

3.4.2.2 O Liberalismo Processual

O *liberalismo processual*, como o próprio nome indica, é vinculado à concepção de Estado Liberal, com intervenção mínima, limitado à defesa da ordem e da segurança pública. O juiz cumpre a função de declarar a vontade da lei previamente criada pelo legislador, com

³⁵⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ DENTI, Vittorio; TARRUFO, Michele. El profilo storico: In: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino, 2004. p. 15-17.

³⁵⁸ HOMMERDING; MOTTA, op. cit.

³⁵⁹ PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006. p. 5.

muito cuidado para não intervir nas funções deste, limitando-se a aplicar o texto legal. Trata-se de uma fase vinculada ao positivismo exegético do século XVII.

O juiz deveria julgar com base no que estava escrito nos autos (princípio da escritura), o que, segundo Cappelletti, era considerado um escudo do juiz contra a parcialidade, separando o juiz daqueles que são os verdadeiros protagonistas do processo, as partes³⁶⁰.

As partes possuíam autonomia no processo, decidindo soberanamente a respeito do seu interesse. Tudo era baseado em uma igualdade formal. Damaska ressalta que essa autonomia privada existia, inclusive, na esfera penal.³⁶¹ As diferenças pessoais não eram consideradas, o que, por si só, demonstra uma das grandes problemáticas dessa fase, quando os desiguais eram tratados igualmente.

Por fim, outra característica dessa fase ligada à autonomia privada é a aplicação do “princípio dispositivo”, o que impedia a atuação do juiz de ofício, devendo este ser provocado pelas partes. Buscava-se garantir a imparcialidade do juiz, como regra limitado a mero observador da disputa entre as partes.

Portanto, nessa fase destacam-se as ideias de igualdade formal, de julgamento limitado aos autos, do princípio dispositivo, entre outras características que marcam a fraca intervenção estatal. O juiz cumpre papel passivo, burocrático. Para os críticos, esse sistema trouxe uma degeneração, na medida em que transforma o processo em um jogo ou guerra, acarretando o esgotamento dessa concepção no curso do século XIX.³⁶² As críticas à forma liberal do processo, com protagonismo das partes, conduziram a uma nova fase, que acaba por apostar no protagonismo do juiz, como se verá.

3.4.2.3 A Socialização do Processo

A *socialização do processo* busca a superação dos defeitos do liberalismo. O Estado deve ir além da passividade afastada de preocupação social. Esse modelo objetivava, portanto, o aumento expressivo dos poderes da magistratura para cumprir também uma função social. Os magistrados assumem o papel de educadores, ensinando o direito vigente, e de representantes dos pobres.³⁶³ As partes perdem espaço, e os poderes dos juízes são reforçados.

³⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002. p. 39-40.

³⁶¹ DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 186.

³⁶² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71-77.

³⁶³ *Ibid.*, p. 77-87.

Para os defensores dessa perspectiva, a concepção liberal beneficia os ricos diante da igualdade meramente formal. O processo deve ser pensado com preocupação política, social e econômica. Por isso, caberia ao juiz representar o lado mais fraco, estabelecendo o equilíbrio entre as partes.

Oskar Bülow defendia um processo centrado no juiz como protagonista, com uma aplicação livre do Direito pelo juiz. Apresentava uma teoria da criação do direito pelo juiz.³⁶⁴ A magistratura deveria compensar as desigualdades sociais, atuando como protagonista e criadora do direito.³⁶⁵

Nesse ponto é interessante destacar os ensinamentos de Hommerding e Motta. Para os autores gaúchos, na atualidade, o ponto central a ser estudado no processo é a questão da “legitimidade democrática”. A partir dessa observação, apresentam o que, com André Cordeiro Leal, chamam de “paradoxo de Bülow”, consistente na tentativa de utilizar os ensinamentos do autor para defender o controle da decisão judicial³⁶⁶, quando Bülow desejava exatamente o contrário, ou seja, conferir protagonismo ao juiz. Em realidade, na linha do

³⁶⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁶⁵ Dierle Nunes lembra que esse perfil do juiz social possuía, na época, como grande exemplo, o “bom juiz” francês Magnaud, que aplicava o Direito a partir de uma visão sentimental e humanitária (absolvendo uma mãe pela subtração de um pão; condenando os pais diante da violência contra o filho...), servindo de base para entendimentos que apostam na “boa escolha” dos juízes. (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 81). Por isso, Ronaldo Brêtas de Carvalho nomina de *complexo de Magnaud* o exercício da jurisdição marcada por esse sentimento patológico de se considerar um “bom juiz”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 134.

³⁶⁶ Afirma André Cordeiro Leal: “Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.

Por esses motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador.

Há um aspecto, no entanto, que, embora Bülow não considerasse problemático, atingiu toda a chamada ciência do processo derivada de suas teorias. Como já advertiu Karl Lorenz (1997), Bülow não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, ‘emocional’ ou ‘sentimental’.

É exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscam o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o *paradoxo de Bülow*.

Esse paradoxo acaba contaminando, como se verá, as teorias derivadas da proposta ‘científica’ do autor alemão, levando vários dos pensadores ulteriores do processo a uma absoluta renúncia (como, aliás, tácita ou expressamente, admitem vários deles) à hipótese de que uma teoria processual poderia fornecer critérios suficientes à aferição do grau de legitimidade da atividade jurisdicional fora do Estado Social. Sabe-se, hoje, que isso seria mesmo impossível sem que se realizasse, previamente, um giro teórico que colocasse em dúvida os fundamentos da teoria de Bülow em seus aspectos concernentes à jurisdição.” Ainda: “Toda tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o *paradoxo*”. LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008. p. 60-65.

sustentado por Bülow, confrontam, de um lado, a “ideia” de um juiz como ator para reduzir as desigualdades sociais (que resultou em um juiz solitário, com as partes enfraquecidas e o processo como mero instrumento) e, de outro, a devida legitimidade democrática da decisão desse juiz. Sustentam os autores que a socialização processual (embora bem intencionada) é incompatível com o paradigma de uma Constituição democrática, que exige, como questão central, a legitimação democrática de uma decisão, a qual impede que o juiz decida livremente, sem qualquer filtro constitucional.³⁶⁷ No caso, a atuação do juiz esbarra no filtro da legitimidade para criar o Direito, o que independe dos motivos sustentados, sejam sociais ou outros.

Concluem os citados autores que “a teoria do processo como relação jurídica, mantida a sua feição bülowiana (e o conceito de jurisdição que a fundamenta), não oferece condições para o enfrentamento da questão da legitimidade do direito no Estado democrático”.³⁶⁸ A decisão judicial baseada em critérios sociais – que serão subjetivamente definidos pelo juiz – potencializa a discricionariedade judicial, conduzindo muitas vezes a decisões em que ilegitimamente cria-se o Direito ou, até mesmo, a decisões frontalmente contrárias à legislação constitucional.

Outro nome de destaque nesta fase é Anton Menger, o qual sustentava que, diante da desigualdade de direito material e processual, “[...] el juez debería establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre. [...]”.³⁶⁹ Foi a partir das ideias de Menger que surgiu a Ordenança processual civil do império austro-húngaro (1895), criada por Franz Klein, aluno de Menger, considerada a primeira legislação com características socializadoras, limitando a liberdade das partes e atribuindo ao juiz o papel de senhor do júízo.³⁷⁰

Denti e Taruffo registram que essa função assistencial do juiz, proposta por Menger, representava a ruptura com a concepção processual liberal que então prevalecia, observando que, à época, não se negava a possibilidade de assistência à parte débil, mas não se admitia que ela pudesse ser prestada pelo próprio juiz da causa.³⁷¹

³⁶⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ MENGER, Anton. **El derecho civil e los pobres**. Atalaya: Buenos Aires, 1947. p. 69.

³⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 81.

³⁷¹ DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino, 2004. p. 27.

Ainda com Leal, Hommerding e Motta, ganha destaque a manutenção do enfoque privatístico do direito que a teoria de Bülow mantém, baseado no vínculo de subordinação entre pessoas (direito obrigacional), bem como na ideia de jurisdição como atividade da pessoa do juiz.³⁷² O vínculo obrigacional subordina as partes ao magistrado. Em conclusão, as ideias de Oskar Bülow identificam-se com a concepção social do processo, com a aposta no protagonismo judicial e suas consequências.

Dierle Nunes registra que as ideias da socialização do processo foram a base de reforma de diversos sistemas processuais durante o século XX, em especial nos denominados “Estados ativos”, nos quais, como entende Damaska, o juiz não precisa tratar as partes de modo igual, podendo favorecer aquela tese que lhe parece melhor fundada, auxiliando para que a parte possa demonstrá-la de modo eficaz.³⁷³

Nessa trilha, o movimento de socialização do processo – embora com boa intenção – teve grande responsabilidade na consolidação do protagonismo judicial. E, adianta-se, esse protagonismo judicial é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

3.4.2.4 O Neoliberalismo Processual

O modelo neoliberal é aquele que mais se identifica com o adotado no Brasil. Ele é o adequado à organização socioeconômica e à política dita *neoliberal*, inaugurada no Brasil na década de 90, que propõe uma conciliação entre direitos sociais e o fortalecimento do mercado. Assim, para cumprir essa exigência, fazia-se necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse riscos ao mercado.³⁷⁴

Nessa coordenada, Dierle Nunes faz importante observação, aduzindo que o *neoliberalismo processual* apropriou-se do discurso de socialização da jurisdição, com a defesa e a ampliação do acesso à justiça, para, em realidade, desnaturá-lo, na medida em que incentiva decisões quantitativas, sem efetiva preocupação social. O processo perde seu viés de garantia em nome de uma alegada eficácia.³⁷⁵ De fato, a preocupação com decisões quantitativas (na linha dos reclamos do mercado) e sumárias (com enfraquecimento do

³⁷² HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 87.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 159.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 163-166.

contraditório) é evidente, sendo incentivada inclusive pelos órgãos de controle, que se preocupam com a produção do juiz, com números, não com a qualidade das decisões.

Pode-se dizer que esse é o momento que se vive no Brasil: de uma falsa inclusão e de protagonismo judicial, na maioria das vezes afastado das normas constitucionais. Após analisar os modelos acima tratados, Hommerding e Motta concluem:

Retomando, o ponto a ser ressaltado é o de que as três concepções (liberalismo, socialismo e neoliberalismo processuais) prefixam condições (protagonismo das partes no liberalismo e do juiz na socialização) e resultados (aplicação neutra da norma no liberalismo; compensação de desigualdades materiais na socialização; produtividade e padronização de decisões no neoliberalismo) do ‘processo’, independentemente e antes mesmo do debate processual. Tudo muito distante, pois, de um *modelo democrático de processo*³⁷⁶.

Portanto, verifica-se que os modelos propostos possuem vícios insuperáveis, em especial a aposta em um protagonismo que não consegue superar a ausência de legitimidade, o que somente ocorrerá com um *processo democrático*, que respeite os “novos” paradigmas entregues pela tradição, conforme será apresentado.

3.4.3 O Que a Tradição entregou ao Processo Penal? a evolução dos sistemas processuais

O Direito Processual Penal organiza-se, historicamente, em dois sistemas, *inquisitivo* e *acusatório*. São eles que, a princípio, darão unidade ao conjunto de institutos processuais. Ou seja, são suas características que estarão na base do Direito Processual de determinada nação, informando a todos como as questões serão tratadas e orientando a conduta dos intérpretes.

Antes de tratar das especificidades dos sistemas, uma observação inicial faz-se necessária. É comum pensar que os sistemas processuais tiveram uma evolução linear. Primeiro o sistema inquisitivo e, depois, o sistema acusatório. Entretanto, trata-se de pensamento equivocado.

Veja-se que o processo penal inicialmente teve mais características do sistema acusatório (Grécia e Roma), sendo que no Império Romano essas características entram em declínio. A partir daí começa a ganhar espaço um processo com características do sistema inquisitivo, o qual perdurará por muito tempo, sendo superado, em alguns países, pelo sistema acusatório nos moldes que atualmente se conhece.

³⁷⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

Isso demonstra que as formas de processo não se sucederam de maneira absoluta e contínua. Mudanças e retrocessos marcam a evolução dos sistemas processuais nas mais variadas regiões do planeta, adequando-se às opções e às formas político-ideológicas. Para o presente trabalho, evidentemente, importa mais esta última virada, qual seja, a “superação” do sistema processual inquisitivo pelo sistema processual acusatório de cunho constitucional democrático.

3.4.3.1 O Sistema Inquisitivo

Em sua origem, é importante notar que, em muitos locais, o sistema inquisitivo surgiu como uma evolução, objetivando evitar que a persecução penal dependesse da vontade privada, o que até então ocorria (mesmo no sistema acusatório). Era o Estado substituindo o particular.³⁷⁷ Assim, o Estado fortalecido concentra em suas mãos, e na mesma pessoa, o poder de acusar e julgar.

Como visto, será no Império Romano que nasce a semente do processo inquisitivo tal qual se considera hoje. Com a *cognitio extra ordinem*, o governo despótico estabeleceu um procedimento de ofício, com investigação secreta e sem contraditório, com o protagonismo do juiz.

Foi sem dúvida no direito canônico que o sistema inquisitivo ganhou os contornos por muitos considerados perversos. Com o declarado objetivo de combater o pecado e o velado desejo de garantir o poder da Igreja, eram combatidos todos aqueles que, de alguma forma, colocassem em risco o *status quo*. Portanto, inicialmente o sistema inquisitivo serviu à Igreja, com fundamento político disfarçado de religioso. Não se pode esquecer que a Igreja assumiu o poder religioso que antes cabia ao Império.

No começo, o julgamento cabia a bispos e arcebispos. Posteriormente, a decisão foi confiada ao Tribunal do Santo Ofício ou ao Tribunal da Inquisição, combatendo heresias e sortilégios. Os juízes atuavam de ofício e secretamente, sem necessidade de acusação para iniciar o processo. A investigação era secreta, inclusive com a ocultação do nome das testemunhas e de outras provas.

A defesa do réu era considerada um incômodo, um obstáculo à busca da *verdade real*, que devia ser encontrada a qualquer custo, e que tinha como meio especial de revelação a *confissão*, ainda que provocada através da *tortura*. Acreditava-se que a verdade da confissão, além de ser importante para a sociedade, também era importante para o próprio acusado, que

³⁷⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

começava ali a se redimir de seus pecados. Veja-se que já nesse tempo a pena era justificada como benéfica ao condenado.

Na época, o sistema inquisitivo serviu – e continua servindo – muito bem aos emergentes Estados de Polícia. Nesse sentido, Alfredo Vélez Mariconde conta que, naquele tempo, formaram-se e consolidaram-se esses Estados, sendo que o sistema inquisitivo servia aos fins e às necessidades dessas formas de governo, além de demonstrar, no exercício da jurisdição, a tão prezada soberania do governante.³⁷⁸

Para alguns, é essa concentração do poder de acusar e julgar que caracteriza o sistema inquisitivo. Para outros, é o poder de gestão da prova pelo juiz a sua principal característica. O fato é que todas as características estão relacionadas. O Estado-Juiz acusa, instrui (gerencia a prova) e julga. São características fundamentais para o sistema inquisitivo, embora outras também existam.

3.4.3.2 O Sistema Acusatório

O sistema acusatório como se conhece hoje começa a ganhar contornos mais específicos no Direito Inglês, quando da instituição do *trial by jury*³⁷⁹, em 1166, durante o reinado de Henrique II (embora, como visto, também tenha sido adotada na Grécia e em Roma). Dividia-se o processo em duas etapas, admissão e julgamento do mérito. O representante do rei, que julgaria o pedido, não intervinha na prova ou na discussão da causa, o que cabia apenas à acusação e à defesa.³⁸⁰ Para dividir a atividade do Estado, até então concentrada em um único órgão, é criado o Ministério Público, que terá a prerrogativa da propositura da ação penal, reservando-se ao particular a iniciativa em determinados casos.

Assim o processo passa a ser composto por três personagens. Torna-se um *actum trium personarum*, composto por juiz (julga), autor (acusa) e réu (defende), cada um com seus direitos e deveres. Nesse processo acusatório o juiz possui como principal atribuição “julgar”; o autor, o poder de oferecer a “acusação devida”; e o réu, a garantia de poder se “defender”. Às partes, autor e réu, cabe a iniciativa para produção da prova que considerarem necessária. O juiz somente age quando – e à medida que – provocado pelas partes.

³⁷⁸ MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 1969. t. 2, p. 102.

³⁷⁹ Refere ao Tribunal do Júri que, no Direito Inglês, julga amplamente as causas, ao contrário do Direito brasileiro, no qual o Tribunal Popular possui competência limitada para julgamento dos crimes contra a vida.

³⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BEM, Leonardo de. **O processo penal brasileiro e sua matriz inquisitória**. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardodebem/2012/03/27/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Perceba-se que essa inércia do juiz no sistema processual acusatório, agindo somente mediante provocação, não podendo atuar de ofício, é por muitos criticada, com o principal argumento de que, dessa forma, o julgador ficaria nas mãos das partes, decidindo muitas vezes com um material deficiente, incompleto, que poderia ser suprido pela atividade judicial.³⁸¹

Para alguns autores, como Luigi Ferrajoli, a principal característica do sistema acusatório é a separação das funções. Refere o autor que, de “todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação”, salientando a importância da separação da função judicante da de postulação, “com consequente papel de espectadores passivos e desinteressados reservados aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*”³⁸², ou seja, o afastamento do juiz da gestão da prova. Para outros, é o dever de fundamentação ou a existência da acusação oficial como indispensável que caracterizam o sistema.³⁸³

³⁸¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120.

³⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 522.

³⁸³ Jacinto Coutinho afirma que a característica principal do sistema inquisitivo é a extrema concentração de poder nas mãos do juiz, que detém a “gestão da prova”. Por sua vez, no sistema acusatório a gestão da prova está nas mãos das partes, sendo o juiz inerte e longe da colheita da prova. Conclui que o sistema adotado pelo processo penal brasileiro é inquisitivo, uma vez que a produção da prova se encontra primordialmente nas mãos do juiz. Coutinho afirma que no sistema atual, diante da responsabilidade pela produção da prova, o juiz desenvolve “quadros mentais paranoicos”, agindo inclusive como “justiceiros”. Para melhor conhecimento da sofisticada posição de Coutinho, compartilhada por boa parte da doutrina brasileira, ver: COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 165-167, 1998; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo código de processo penal pede nova mentalidade**. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/single-noticias/noticia/novo-codigo-de-processo-penal-pede-nova-mentalidade/?cHash=cc959cdd632a69ff7ea339e1758a27e3>>. Acesso em 11 jun. 2017; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 188, jul. 2008. Em sentido contrário, Mauro Fonseca Andrade entende que é incorreto afirmar que a iniciativa probatória pelo juiz seja uma característica do sistema inquisitivo. Para tanto faz um interessante resgate histórico confrontando as informações que servem de base para o entendimento contrário. Após longo histórico, conclui que no sistema acusatório romano o juiz não estava vinculado à produção probatória deficiente das partes, podendo condenar, absolver ou pronunciar o “*non liquet*” quando não estava convencido da inocência ou culpa. Ou seja, a prova era considerada insatisfatória, e as partes eram instadas a apresentar novas provas e argumentos para um novo julgamento, chamado “*ampliatio*”. Por sua vez, sustenta o autor que no direito inglês a origem da inércia do julgador decorria do entendimento de que o direito era considerado disponível pelas partes (princípio dispositivo). Assim, Mauro Fonseca Andrade defende que pelo direito romano – acusatório – não haveria vedação à iniciativa probatória do julgador, e pelo direito inglês tem-se uma diversidade de fundamento, razão pela qual a teoria da gestão da prova (da forma apresentada em terras brasileiras) é inaplicável no Brasil, que considera o direito penal e processual penal como de interesse público e, portanto, orientado pelo princípio acusatório. O sistema acusatório clássico, marcado pela disponibilidade do direito, restou superado pelo sistema acusatório contemporâneo com o caráter público da ação penal. Num segundo momento o autor trata especificamente do sistema inquisitivo para demonstrar que ele,

Na verdade, todas estas características são importantes para o sistema acusatório. Não se pode pensar nisso quando o mesmo órgão exerce a função de acusar, provar e decidir. Da mesma forma, é inconcebível falar em sistema acusatório onde existe o livre convencimento do julgador – ainda que dissimulado.

Sobre a matéria, Lenio Streck apresenta o seguinte posicionamento:

Consequentemente, é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pelo qual se garante que não existe um ‘dono da prova’; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o locus onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado. No fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é a recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o giro linguístico-ontológico, pelo qual os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito e, sim, pela intersubjetividade, que ocorre na linguagem. Sendo mais simples: trata-se do fenômeno da invasão da filosofia pela linguagem. Em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocarmos o ‘livre convencimento’, retornaremos ao inquisitorialismo.³⁸⁴

Com facilidade, percebe-se que o sistema acusatório é o que mais se amolda a um processo que se pretende democrático. Separação das funções, limitação do poder, imparcialidade, garantias, direitos, deveres, entre outras características, são exigências de constituições democráticas, não sendo diferente no caso brasileiro.

historicamente, não previa a possibilidade de produção probatória pelo juiz e apresentava características hoje consideradas – equivocadamente – como típicas do sistema acusatório, como a possibilidade de um acusador distinto do juiz, a existência de debates públicos, a possibilidade de apelação, com previsão dos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *ne bis in idem*, bem como existiam requisitos para o decreto de prisão preventiva e a proibição de abertura ou seguimento de processo contra réu revel. Para Mauro Fonseca Andrade é a função desenvolvida pelo acusador público que caracteriza o sistema. Será ele acusatório quando a acusação pública é indispensável para a existência do processo. Por sua vez, será inquisitivo quando, mesmo prevendo a existência do acusador público, sua atuação não é indispensável, uma vez que o processo também poderá ter início através de notícia crime (cidadão) e de ofício pelo juiz. Para aprofundamento no entendimento do autor ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017; ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória - ex officio judicis na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 3, p. 49-75, 2009.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 46, n. 183, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

3.4.3.3 O Sistema Misto ou Inquisitivo Garantista

Para fins didáticos é importante observar que, para alguns autores, existiria um sistema misto, o qual reuniria as características dos sistemas inquisitivo e acusatório. Este sistema teria surgido com a Revolução Francesa, quando ao sistema inquisitivo foram aportadas novas ideias diante da preocupação com os direitos do homem. Seria ele dividido em duas fases: a primeira inquisitiva, consistente em uma investigação preliminar; a segunda iniciando-se com a acusação por órgão diferente do julgador, com características do sistema acusatório.

Para Jacinto Coutinho, citado por Aury Lopes Junior, o nominado “sistema misto” é um “monstro de duas cabeças”.³⁸⁵ Na realidade não existem sistemas puros. Em alguma medida serão encontradas características de um em outro. É o princípio base do sistema que irá servir para classificá-lo como inquisitivo ou acusatório. Eventuais características de um sistema em outro apenas afastam a natureza pura dele, em maior ou menor grau. Isso é um defeito, uma anormalidade, diante do princípio base.

A defesa da existência de um sistema misto em um contexto de previsão constitucional do princípio informativo acusatório, na verdade, serve muitas vezes para tentar esconder, sob o discurso do sistema acusatório, uma prática inquisitiva incompatível com o regime constitucional democrático.

Ademais, é importante observar que tanto o sistema inquisitivo como o acusatório apresentam historicamente características que se consideram incompatíveis com o sistema adotado pela Constituição brasileira.

Embora distinguindo planos histórico e teórico, Ferrajoli registra que, historicamente, são características do processo acusatório a separação entre juiz e acusação, a paridade entre as partes, a publicidade e a oralidade do julgamento, o contraditório, a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao executivo, a exclusão da motivação da decisão dos jurados e o livre convencimento. Por sua vez, são características históricas do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade entre as partes, o caráter escrito e secreto da instrução, a obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade de graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar suas decisões.³⁸⁶

³⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130.

³⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 518-519.

Assim, sem adentrar à profunda discussão quanto às verdadeiras características essenciais – e exclusivas – de cada modelo, é possível perceber que os sistemas processuais ora trabalhados não podem ser tomados como absolutos, ou seja, com características adotadas integralmente por este ou por aquele ordenamento jurídico. Embora se entenda que o modelo acusatório é o mais compatível com a Constituição brasileira, alguns de seus elementos históricos considerados por Ferrajoli confrontam com ela, a exemplo da subordinação da acusação ao Executivo e do livre convencimento. Por outro lado, elementos considerados históricos no sistema inquisitivo – em especial o dever de motivação – encontram perfeita guarida na carta constitucional brasileira.

Para fins didáticos, pode-se dizer que, no Brasil, os modelos inquisitivo e acusatório foram superados pelo modelo constitucional democrático. Nessa linha, o estudioso deve ter muito cuidado com a controvérsia sobre a caracterização dos sistemas processuais penais, a qual muitas vezes pode mais esconder do que esclarecer. Veja-se que os adeptos de uma ou de outra corrente, a partir do que consideram como característica elementar do sistema, analisam o direito processual brasileiro atual e o rotulam a partir das características que defendem, sustentando que normas incompatíveis com as características do modelo que adotam são inadequadas e devem ser afastadas do ordenamento jurídico. Para analisar a validade do ordenamento jurídico atual, o intérprete desloca-se para o passado e passa a falar a partir dele. Fica refém do passado. Não parece ser essa a melhor solução.

Entende-se que essa evolução dos sistemas processuais, com suas características próprias marcadas principalmente pela época em que nasceram ou evoluíram, serve de importante horizonte histórico, mas não são fórmulas que devem ser simplesmente reproduzidas pelo direito contemporâneo, pois muitas vezes geram um descompasso com normas constitucionais outrora inexistentes.³⁸⁷ O horizonte do passado deve ser fundido com o do presente. Sendo mais simples: independentemente das características históricas do sistema acusatório, isso não implica que o nosso ordenamento jurídico tenha que tomar como medida o sistema acusatório de modelo romano ou inglês. O sistema processual penal adotado pelo direito brasileiro não é o inquisitivo ou acusatório, mas o democrático. Ou, optando-se por manter a nomenclatura “sistema acusatório”, pode-se dizer que o sistema acusatório

³⁸⁷ Nesse sentido, Juan Montero Aroca sustenta que muitas características apresentadas como historicamente diferenciadoras dos sistemas inquisitivo e acusatório não se sustentam na atualidade, a exemplo da existência de juízes profissionais e da ação penal pelo Estado como características do sistema inquisitivo. Para Aroca “los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, y que sirve únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual”. AROCA. Juan Montero. *El derecho procesal en el siglo XX*. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. **La ciencia del derecho durante el siglo XX**. Ciudad Universitaria, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. p. 478-479.

nacional não é de modelo romano ou inglês, mas brasileiro, operando-se uma atualização de sentido quanto ao que significa, hoje, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, seguir um modelo acusatório de processo penal.

Nesse fio, a controvérsia apontada ganha novos contornos, superando a histórica caracterização dos sistemas processuais. Deve-se refletir se, no contexto do constitucionalismo democrático brasileiro, a iniciativa probatória por parte do juiz não atinge, ainda que potencialmente, o princípio constitucional da imparcialidade.³⁸⁸ E, caso se entenda que atinja, questionar sobre o que fazer para não caracterizar uma violação ao princípio da proteção deficiente. Por outro lado, deve-se responder se a admissão da iniciativa probatória do juiz apenas em favor do réu (o que inclusive é previsto no projeto do novo Código de Processo Penal) não viola o princípio constitucional da igualdade. Sem dúvida, a matéria exige estudo aprofundado, não sendo esse o objeto da presente pesquisa.

3.5 A GRANDE ENTREGA: o processo democrático

Diante do que foi observado, percebe-se que a evolução dos paradigmas relacionados ao processo tomou sempre a direção do privado para o público, do autoritário para o democrático. Assim, sem dúvida, a grande “entrega” que a tradição efetuou e que deve servir de paradigma para a interpretação e atuação do profissional do Direito é o *processo democrático*.

O processo democrático é uma concepção que atinge o *plano teórico*, isto é, o aspecto conceitual geral do sentido de processo em uma democracia, mas também o *plano prático*,

³⁸⁸ Em interessante artigo, Eduardo José da Fonseca Costa trata da prova de ofício no âmbito do processo civil. Entre outras importantes passagens, o autor menciona o problema brasileiro de não apenas aceitar, mas “vangloriar” o juiz superpoderoso, bem como a ingenuidade da crença de que o juiz possa ser, em qualquer situação, imparcial na produção da prova de ofício. Costa critica o ativismo em relação aos vulneráveis no processo civil, o que muito se parece com a eletividade do “socialismo processual”, nominando a esse “suprimento *pro misero* de lacunas probatórias” de “processualismo social”. Conclui que a produção da prova de ofício implica quebra da imparcialidade do juiz, além de contaminar com ilicitude a prova que será produzida com violação de norma constitucional. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 90, p. 153-173, 2015). Não menos importantes são as observações de Eugenia Ariano Deho ao analisar o código processual peruano e o poder de prova de ofício pelo juiz, aduzindo: “Una ulterior reflexión de lo mencionado al último: la esencia del juez está en su imparcialidad, en su necesaria neutralidad frente a los intereses parciales en conflicto. El juez, tal como decía LIEBMAN: en un estudio ya clásico, “no tiene otro ‘interés’ en el ejercicio de su función más allá de aquel de sentirse en todos los sentidos verdaderamente desinteresado”. De allí que cada vez que el juez usa la facultad que le concede el art. 194 CPC está alterando su esencia, porque nadie puede dudar que cuando se dispone de una prueba de oficio es para “convencerse” de la afirmación efectuada por una u otra parte. Y como de ese convencimiento depende su fallo, resulta inevitable que utilizando sus facultades de disponer la actuación de “x” o “z” medio de prueba termine “autoconvenciéndose” o del hecho constitutivo del actor o de los hechos impeditivos, modificativos o extintivos alegados por el demandado de los cuales antes tenía “dudas”. [...]”. DEHO, Eugenia Ariano. **Problemas del proceso civil**. Lima: Juristas, 2003. p. 211.

que implica este sentido construído intersubjetivamente sendo manuseado na prática judicial diante do caso concreto (na interpretação do juiz, por exemplo). É a partir dos subsídios do plano teórico que os profissionais do Direito podem trabalhar adequadamente, seja decidindo, seja impugnando a decisão inadequada.

Ainda, embora esse não seja o objeto da presente pesquisa, deve-se registrar que este “sentido maior” de processo – o processo democrático, com seu núcleo paradigmático – vai blindar tanto a jurisdição, mas também a produção legislativa, em especial no que se refere à manutenção da unidade do processo.

3.5.1 O Que é Isto - o Processo Democrático? o processo democrático como legitimador da jurisdição

De início, deve-se observar que os modelos processuais apresentados (civil ou penal) partem da ideia do processo como um instrumento da jurisdição. Esse instrumento, com as características de cada modelo ou fase, é legitimado simplesmente por ser exercido por um juiz. Ou seja, é o poder estatal que legitima o processo, independentemente de seu conteúdo. Sendo mais simples: primeiro vem o poder, depois o processo como um mero instrumento (do poder).

Sobre essa realidade, Juan Montero Aroca apresenta importante observação:

En el siglo XX las ideologías autoritarias han conducido a los ciudadanos al desencanto frente a los jueces, pues éstos se han concebido a sí mismos, no como garantes de los derechos de aquellos, sino como instrumentos del Estado para asegurar la actuación del Derecho dictado por el propio Estado. En los últimos años se están dando pasos muy importantes en el proceso penal, que está pasando a ser garantía y en el que se están limitando los poderes del juez para dejarlo convertido simplemente en juez, ¡y nada más! Por el contrario, en el proceso civil han ido aumentando los poderes del juez y se está pretendiendo que no sea realmente juez.³⁸⁹

Após percorrer a evolução da ideia de processo, Hommerding e Motta aliam-se a André Cordeiro Leal e propõem que se inverta a lógica, não mais se pensando o processo como instrumento a serviço da jurisdição, mas o contrário, ou seja, *a jurisdição como um instrumento do processo*, no caso, do *processo democrático*. Desde já se chega a uma conclusão imperativa: a jurisdição somente será legítima se obedecer ao *processo*

³⁸⁹ AROCA, Juan Montero. Prólogo. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 19.

democrático. O processo democrático “subordina” a jurisdição.³⁹⁰ Assim, primeiro vem o processo (democrático), depois a jurisdição como instrumento do processo (subordinada ao processo democrático).

Nesse horizonte, os autores, ainda com André Leal, sustentam que não existe uma legitimação *a priori* do processo, o qual seria legitimado simplesmente por fazer parte da atividade judicial (a qual não se confunde com atividade jurisdicional). Pelo contrário, o processo seria um procedimento que deve obedecer a uma principiologia constitucional³⁹¹. Somente assim se teria, de fato, uma legítima atividade jurisdicional.

Observe a importância dessa tese quando se considera que os membros do judiciário não são eleitos pelo voto. A ideia de uma jurisdição legitimada pelo processo contribui para a neutralidade que se espera do poder judiciário e que se encontra atualmente ameaçada por atos de protagonismo, que inauguram, conforme observa Gisele Cittadino, um inédito espaço público.³⁹²

No caminho para construção de uma concepção adequada para o processo, Hommerding e Motta afirmam ser possível a harmonização entre o procedimentalismo de corte habermasiano (na linha trabalhada por Marcelo Cattoni, Dierle Nunes e André Leal, entre outros) e a postura substancialista de Ronald Dworkin e Lenio Streck. Destacam que tais teorias se preocupam com a democracia, sendo que entendem que a decisão judicial é um problema democrático e deve ser resolvido por uma leitura forte dos princípios constitucionais. Haveria uma relação de complementaridade entre as principais propostas das teorias procedimentalista e substancialista.³⁹³

Nesse sentido, Dierle Nunes e Alexandre Bahia registram que atualmente somente podem ser mantidas técnicas processuais compatíveis com os fundamentos constitucionais. Ou seja, deve-se conciliar os aspectos formais do processo com o conteúdo material decorrente da Constituição, e conjugar a dimensão formal com a dimensão material.³⁹⁴

³⁹⁰ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003. p. 17.

³⁹³ HOMMERDING; MOTTA, op. cit.

³⁹⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 72, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Vive-se em um Estado Democrático de Direito, sendo que a reflexão filosófica no Direito (proposta por Dworkin e Streck) servirá para descobrir o sentido constitucional/democrático que deve alimentar a pré-compreensão na atividade jurídica. Mas qual seria esse sentido? Duas ideias básicas compõem esse sentido. Primeiro, pode-se dizer, com Dworkin, o qual propõe uma leitura moral do direito, que os princípios constitucionais devem ser interpretados como limitadores e controladores da atividade estatal. Segundo, a participação é incita à democracia, de modo que não haverá processo jurisdicional democrático sem participação dos interessados na decisão.³⁹⁵

A escola mineira, embora por caminhos diversos, também chega às conclusões acima, ou seja, entende que o processo não é instrumento, mas forma de limitar e controlar a atividade estatal, o que ocorrerá através de uma leitura forte dos princípios. Também entendem que o processo deve garantir a participação das partes.³⁹⁶ Na verdade, o ponto central que acaba por afastar os substancialistas dos procedimentalistas, embora ambos partam de conclusões parecidas e objetivem a defesa da democracia, é que estes defendem a cisão entre discurso de fundamentação e aplicação. No processo legislativo, ocorreriam discursos de fundamentação, objetivando a justificação da validade da norma jurídica, ao passo que o processo judicial seria o palco do discurso de aplicação, mera subsunção.³⁹⁷

A hermenêutica filosófica não admite essa cisão, a qual desobriga o juiz de fundamentar (uma vez que a fundamentação ocorreria antes, no processo legislativo).

³⁹⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁹⁶ Interessante registrar que, ao propor uma maior participação das partes no processo civil italiano, Franco Cipriani foi acusado de tentativa de “privatização do processo”, ao que respondeu: “La verdad es que la ‘privatización’ tiene todo el aspecto de ser el último hallazgo de los sostenedores de la llamada concepción publicística del proceso, que es el noble argumento con el cual se han defendido en estos últimos 60 años todos los antiliberales (y fracasados) experimentos que se han efectuado en el proceso civil, casi como si no fuera verdad que aquí no se trata de escoger entre público y privado o entre derecha e izquierda, sino entre soluciones razonables y funcionales y soluciones irrazonables y contraproducentes. [...]”. (CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. In: AROCA Juan Montero (Coord.). **Proceso civil e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 85). Para o autor, a concepção publicística do processo serve de alibi/desculpa para cada vez mais reforçar os poderes dos juízes. Contra reformas que tendem a reforçar os poderes dos juízes e debilitar a parte, Cipriani sustenta que a Constituição italiana reivindica um processo civil construído a partir de quem pede justiça. Ainda, sustenta a identificação do código italiano com o regime facista que imperava em 1940. (Ibid., p. 51-66).

³⁹⁷ Sobre o ponto, Lenio Streck ensina: “Aqui reside, pois, a diferença entre a fenomenologia hermenêutica (hermenêutica da faticidade, de caráter não procedimental) e a teoria discursiva de cariz habermasiano. E a diferença é nítida. Enquanto na teoria discursiva há uma autonomização/cisão/separação entre discurso de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) e discurso de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) – embora os adeptos da teoria habermasiana neguem tal cisão –, na hermenêutica interpretar é aplicar, ou seja, entre fato e direito, entre ser e ente, há apenas uma diferença ontológica (essa diferença introduz o mundo prático na filosofia). Daí o giro linguístico-ontológico. Trata-se, pois, de uma ruptura paradigmática: da representação/fundamentação para a compreensão; da epistemologia para a ontologia”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

Defende-se que a interpretação e aplicação ocorrem em um só momento, o que será melhor explicado no momento oportuno.

Sem dúvida, a postura procedimentalista é importante para a defesa da democracia, e Habermas é um grande exemplo. Mas se entende que é insuficiente. O respeito ao procedimento legislativo, na linha proposta, não garante que a decisão judicial será materialmente adequada. Para tanto, é necessária a análise da decisão judicial com base nos paradigmas herdados, destacando-se, neste ponto, o paradigma constitucional-democrático. Somente o respeito a esses paradigmas garantirá uma decisão adequada. Nessa linha, Hommerding e Motta propõem um conceito de processo democrático:

Em definitivo: processo democrático não é um instrumento formal que viabiliza a aplicação do direito com rapidez máxima, mas, sim, uma estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.³⁹⁸

No processo constitucional democrático, não existe submissão, mas interdependência, participação. O processo não é instrumento à disposição, mas garantia das partes (autor/réu, acusação/defesa) frente ao exercício ilegítimo de poder. É esse processo democrático que legitima a jurisdição (e não o contrário).

Na linha do paradigma democrático, o processo não pode ser pensado como um instrumento a serviço do poder ou como um mero procedimento, mas, sim, como um direito material da parte. O processo democrático que deve pautar o intérprete existe para legitimar e disciplinar a atividade estatal, evitando abusos decisórios. E este processo, em respeito ao paradigma democrático, deve atentar para os fundamentos constitucionais que o tornam legítimos.

O processo não deve ser considerado um mecanismo no qual o Estado demonstra a sua superioridade, seu poder de dominação, com decisões que muitas vezes desconsideram a ordem jurídica. Pelo contrário, deve ser percebido, a partir de uma “perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais”, como limite a condutas equivocadas – das partes e do julgador – e como direito à participação na decisão.³⁹⁹ O processo formal e materialmente

³⁹⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

³⁹⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 85, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

democrático legitima e impõe limite à jurisdição. Com precisão, Eduardo José da Fonseca Costa afirma que a função de garantia é o “ser” do processo, um “ser constitucional”, situação que não é percebida por correntes dogmáticas que insistem em tratar o processo como instrumento.⁴⁰⁰ Costa é adepto da doutrina do *garantismo processual*.⁴⁰¹

Em síntese, o *processo democrático* é aquele que possui sua unidade fundamental na Constituição Federal, respeitando-a formal e materialmente, o que implica, no que interessa para esta pesquisa, o respeito à separação dos poderes e aos princípios básicos do contraditório, ampla defesa, publicidade, imparcialidade, dever de motivação, juiz natural etc., bem como a recusa a tudo que for incompatível com tais direitos ou garantias.

Por cautela, deve-se registrar que o *processo democrático* ora proposto diferencia-se do apresentado por Hommerding e Motta (embora se concorde integralmente com as ideias dos autores), que partem de uma concepção de processo a partir da Constituição. Na leitura apresentada, propõe-se um *processo democrático* que possui sua unidade fundamental de sentido em torno do processo em termos paradigmáticos. Esta unidade do processo, compreendida como *processo democrático*, é paradigmática, pois atrelada a pressupostos filosóficos e de teoria do Direito (democracia). Portanto, a ideia de processo desenvolvido na presente pesquisa existe antes e é condição de possibilidade daquele processo apresentado pelos autores, ou seja, para um processo constitucional legítimo.

3.5.2 Uma Advertência: o processo democrático como garantia para as “partes”

Neste ponto, é importante registrar que o processo deve servir de garantia para as partes e não apenas para a defesa – como parece ser a intenção de alguns juristas. O processo

⁴⁰⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁴⁰¹ Adolfo Alvarado Velloso é um dos grandes nomes da doutrina do *garantismo processual* e apresenta a sua configuração. O *garantismo processual* não admite matar ou cortar as mãos em nome da justiça ou da verdade, mas também não pretende que deixem de existir presos, desde que garantido o devido processo legal. A Lei Maior, a Constituição, é que deve imperar. Preocupa-se, ao contrário do que pregam alguns, com a justiça e com a verdade, com a parte mal defendida, mas entende que tais bandeiras não podem ser colocadas acima da Constituição. A história demonstra que os regimes autoritários – nazistas, fascista, comunistas... - tiveram legislações que pretendiam um juiz altamente comprometido com a filosofia política do governo, bem como que na inquisição espanhola a busca da verdade e da justiça serviram de justificativa para a institucionalização da tortura. O *garantismo processual* não tolera o desrespeito à norma fundamental, contentando-se com juízes comprometidos com a lei e que declarem a certeza das relações jurídicas em conflitos, garantindo a defesa e a igualdade processual dos litigantes com imparcialidade, fazendo efetiva a tutela do processo com um todo. VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 303-305.

deve garantir ao autor, inclusive no processo penal, a plenitude dos direitos/garantias que viabilizam a sua pretensão no sentido da defesa dos interesses tutelados. A título exemplificativo, é importante lembrar que também vigora na ordem jurídica constitucional brasileira o importante *princípio da proibição da proteção deficiente*, que, para alguns, é desdobramento do princípio da proporcionalidade, ou melhor, a sua outra face.

Para Ingo Sarlet esse princípio teve origem nos estudos de Canaris e de Isensee, bem como de uma decisão o Tribunal Constitucional alemão em 1993, estabelecendo que ao Estado também incumbe o dever de efetivação dos direitos fundamentais de proteção, devendo zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não só contra os órgãos públicos estatais, mas também contra agressões de outros indivíduos ou Estados.⁴⁰²

Sem dúvida, o Estado não pode abrir mão do direito para proteger os direitos fundamentais do cidadão, cujo rol foi enormemente ampliado nos últimos tempos, incluindo do direito fundamental à segurança. O direito penal é um importante instrumento para essa proteção. Por evidente, no processo penal o Estado-juiz deve agir de forma efetiva e eficiente para garantir o direito fundamental à segurança, não podendo abrir mão dos mecanismos disponível para tanto.

Nesse sentido, Alessandro Baratta sustenta que o Estado Democrático de Direito deve partir de uma política integral de proteção dos direitos. Ou seja, além da proteção no sentido clássico como limite punitivo, também no sentido de uma proteção positiva. Ou seja, além de estabelecer limites ao poder estatal, também deve-se exigir que ele atue eficazmente na proteção dos bens tutelados.⁴⁰³

Sobre o assunto, Lenio Streck, acompanhando o pensamento de Baratta, ensina:

Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. No mesmo sentido, o dizer de João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, neste momento histórico, não exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Desse modo, ainda com o pensador português, é possível afirmar que a idéia de Estado de Direito demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 60-123, mar./abr. 2004.

⁴⁰³ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 2, p. 110, 1999.

positivar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo. Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado.

Dito de outro modo, como muito bem assinala Roxin, comentando as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social, em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.

Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção. [...]

Insisto: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de ‘liberdades negativas’, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).⁴⁰⁴

Em outro artigo, no qual sustenta a possibilidade de o Ministério Público impetrar Mandado de Segurança para atribuir efeito suspensivo à decisão judicial impugnável por recurso sem esse efeito, Streck traz importantes reflexões sobre o princípio ora tratado, e sustenta:

De tudo o que foi dito, não tenho receio em afirmar que, diante de uma decisão judicial que venha, de forma indevida, conceder liberdade a determinado indivíduo contra disposição processual-penal (portanto, quando presentes requisitos que recomendem a sua manutenção na prisão, na conformidade do que determina o Código de Processo Penal), é perfeitamente cabível, porque constitucional, o manejo do mandado de segurança, em face de violação de direito líquido e certo dos demais cidadãos da República, cujo direito à segurança está alçado ao status de direito fundamental.

[...]

Parece evidente que, no caso, a devida proporcionalidade deve ser analisada pelo viés da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Nestes casos, entendo que, mais do que um direito de fazer uso do único remédio

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? [S.l.], 2008. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

cabível para restabelecer a legalidade, tem o Ministério Público o dever constitucional de agir. Repita-se: como deixar sem correção – através de um remédio eficaz - um ato judicial que agride frontalmente a ordem jurídica?

[...]

Assim, quando o Estado-juiz concede liberdade a um indivíduo de forma ilegal/inconstitucional, está, na verdade, incorrendo na violação da Constituição naquilo que esta garante a segurança para todos (art. 5º. caput).

[...] ⁴⁰⁵

Nessa linha, a vedação da prisão preventiva que se amolda à previsão legal – leia-se: necessária – implica proteção deficiente a direitos fundamentais concretamente postos em risco (p. ex.: vítima, testemunhas, família, sociedade) com a manutenção do indivíduo em liberdade. Veja que isso poderia ocorrer diretamente de uma previsão legal, mas também indiretamente, com a adoção na decisão judicial de um entendimento doutrinário que implique o afastamento do mecanismo de proteção e que, portanto, vai de encontro ao princípio da proibição da proteção deficiente.

Não se pode admitir que a preocupação com as garantias individuais do réu chegue ao extremo de violar outras garantias do cidadão e da sociedade, inviabilizando que o direito penal, através do processo penal, preste uma proteção eficiente.

E os exemplos de violação ao princípio em comento são muitos. Sem a menor dúvida, viola o princípio da proibição de proteção deficiente decisão judicial que, em caso de abuso sexual sofrido por menina de 4 (quatro) anos com prática de atos libidinosos gravíssimos (inclusive com “atrito da genitália masculina na vagina da ofendida”) afastou a existência do crime de atentado violento ao pudor e reconheceu a prática de mera corrupção de menores.⁴⁰⁶ É evidente a insuficiência do enquadramento realizado pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, eventual entendimento pela impossibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público viola o princípio da proibição de proteção deficiente.

Outro exemplo de violação do princípio foi alvo de artigo de Lenio Streck acima citado. Trata-se do entendimento no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança em matéria criminal, buscando atribuir efeito suspensivo a

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal individualista-clássico. [S.l.], 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 70011960077**, da Sétima Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelados: Cleria Teresinha Oliveira de Camargo e Liliana Marcia Gattermann. Relator: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 25 de agosto de 2005.

decisão judicial,⁴⁰⁷ muitas vezes consolidando liberdades indevidas e deixando sem proteção vítima e sociedade.

Registre-se que se trata de tema complexo, abordado superficialmente apenas para demonstrar que a defesa de um processo democrático não significa, como falsamente propalam alguns, advogar em benefício do réu ou da impunidade.

3.6 CONCLUSÃO PARCIAL

No primeiro capítulo, foi possível conferir os principais elementos da filosofia hermenêutica legados ao intérprete, quais sejam, a linguagem pública e a intersubjetividade, as quais guardam estreita relação. Os sentidos não estão nas coisas e, muito menos, podem ser conferidos arbitrariamente pelo intérprete, que, portanto, não atua livremente. Pelo contrário, está limitado pelos elementos históricos legados pela tradição e pelo sentido da linguagem pública, estabelecida pela comunidade histórica, ainda quando não lhe interesse.

Neste capítulo, procurou-se apresentar outros legados. Foi possível perceber que a história compartilhada, depois de muitas mudanças, legou um Estado Democrático de Direito. Em uma fusão do que até aqui foi visto, pode-se afirmar que a tradição entregou ao intérprete atual um Estado Democrático de Direito, cujo sentido do qualificativo democrático foi construído intersubjetivamente em uma linguagem pública.

Nesse fio, a compreensão do intérprete somente será adequada quando pautada pelos elementos constitucionais democráticos que foram entregues pela tradição. Assim, obedecer à democracia deve implicar minimamente o respeito à legitimidade, ao conteúdo e ao procedimento democraticamente estabelecidos. Ou seja, o respeito à democracia implica que aqueles *legitimados* para fazer pautem sua atuação pela observância das regras e valores constitucionais democráticos, seja na observância dos *procedimentos* previstos, seja no *conteúdo* decisório.

Em estrita relação com o Estado Democrático de Direito, foi apresentada a evolução das concepções sobre o processo, inicialmente vinculadas ao direito privado e a uma ideia autoritária, para uma concepção pública – o *processo democrático*, marcado pela observância dos princípios constitucionais e avesso a arbitrariedades, com interdependência, participação, pensado como limite e disciplina da atuação do Estado e como garantia das partes. O processo constitucional democrático passa a ser o legitimador do exercício da jurisdição. Ou seja, o

⁴⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 1997/0090056-8** da Sexta Turma, STJ; Mandado de Segurança nº 70060648540. Sexta Câmara Criminal. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. 15 de julho de 2014.

processo não mais se legitima simplesmente por ser uma atividade do juiz (jurisdição), mas esta que se legitima quando observar o *processo democrático*.

Portanto, pode-se concluir, a partir do lugar de fala da presente pesquisa, que esse *processo democrático*, legitimador da jurisdição, é condição de possibilidade para a própria compreensão. É ele pré-conceito legítimo que deve estar na pré-compreensão do intérprete ao tratar do processo. É esse olhar filosófico que se deseja.

E, reitere-se, esse processo é único. Esses elementos legítimos entregues pela tradição constituem o *núcleo fundamental do processo*. Ou seja, superam a enciclopédica divisão que leva em conta o direito de fundo. O *processo democrático* – e tudo que ele implica – deve pautar a atuação do intérprete independentemente da área/ramo de atuação.

Resumidamente, a partir dos aportes filosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito e no limite do interesse da presente pesquisa, são esses alguns dos paradigmas e elementos (filosóficos, constitucionais e de teoria do direito), resultantes da evolução histórica compartilhada, que foram entregues pela tradição e que devem orientar e limitar a atuação do intérprete. Em relação ao tema proposto, eles compõem o núcleo fundamental a partir do qual se deve pensar o processo, independentemente do direito material tratado.

Resta analisar se essa entrega foi ou não recebida. Ou seja, deve-se responder à seguinte pergunta: os legados até agora expostos são observados pelos intérpretes do Direito? Este será o objeto do próximo capítulo, que antes apresentará, de forma um pouco mais detalhada, os fundamentos da Crítica Hermenêutica do Direito, a partir da qual será possível refletir e responder à pergunta formulada.

4 A REVELAÇÃO DO LEGADO NÃO RECEBIDO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO PONTO DE PARTIDA PARA PENSAR O NOVO

Neste capítulo será apresentada a teoria de base da presente pesquisa, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito. A partir dela será analisado se as “entregas” efetuadas pela tradição foram devidamente recebidas. Ou seja, verificar-se-á se os paradigmas que deveriam orientar a compreensão do processo na democracia são, de fato, considerados na atividade do intérprete, o que será feito com a análise de casos concretos em confronto com os paradigmas já abordados.

4.1 A “ENTREGA” FOI DEVIDAMENTE RECEBIDA?

No primeiro e no segundo capítulos foram apresentados os paradigmas que a “tradição” histórica entregou e que se consideram fundamentais para a compreensão do processo. Foram apresentados os paradigmas filosóficos, constitucionais e processuais mais relevantes para a presente pesquisa. São esses paradigmas herdados que devem orientar a atividade do intérprete em sua compreensão hermenêutica, como será apresentado logo mais. O afastamento de tais “paradigmas” conduz a uma compreensão inadequada, descolada da realidade constituída historicamente.

A pergunta proposta como título é provocadora. Será que toda essa evolução, a superação de paradigmas, foi devidamente recebida e assimilada pelo intérprete do Direito? Sendo mais simples: será que o processo é compreendido a partir dos paradigmas atuais?

Contemporaneamente, não se pode analisar o processo sem considerar, por exemplo, a superação do paradigma sujeito-objeto, da linguagem privada e da subjetividade. Não se pode pensar o processo afastado de sua qualificação constitucional e democrática ínsita ao Estado Democrático de Direito. Mais especificamente, não se pode atuar desconsiderando que a história legou a superação do livre convencimento, do protagonismo judicial, da busca da verdade real e do caráter privado e disponível do processo, com a assunção de um sistema pautado pela democracia constitucional, que se propõe nominar como *processo democrático*.

Entretanto, em diversas oportunidades verifica-se que a doutrina e a jurisprudência brasileiras não receberam adequadamente esse legado da tradição, agindo com base em paradigmas ultrapassados. Atuam sem considerar o legado da tradição, entendido como aquilo que, pela sua importância, na evolução das relações sociais, foi preservado e transmitido até os dias atuais, muitas vezes expressamente manifestado no texto constitucional. Por isso, não

pode ser desprezado. Pelo contrário, o “novo” (Streck) deve ser recebido, preservado e aplicado.

Portanto, a resposta à pergunta que serve de título, adianta-se, é negativa. A entrega da tradição não foi devidamente recebida, e seus elementos são continuamente – e muitas vezes arbitrariamente – desconsiderados. É a análise de diversas situações/decisões vinculadas ao processo, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, a qual orienta as reflexões nesta pesquisa, que permite responder negativamente ao questionamento proposto.

Assim, imperativo que se apresentem os delineamentos básicos da Crítica Hermenêutica do Direito e, na sequência, os problemas e os exemplos concretos que fundamentam a conclusão acima, embora não esgotem a imensa gama de circunstâncias que também poderiam ser citadas.

4.2 O CAMINHO ESCOLHIDO PARA A REFLEXÃO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Para prosseguir o trabalho com o viés crítico que se faz necessário, deve-se, antes, apresentar a teoria de base que guia a presente reflexão. Ou seja, qual o *lugar de fala*, a partir do qual a problemática será analisada nesta pesquisa. Sem dúvida, o pesquisador deve optar claramente por um referencial teórico, uma posição filosófica, e o leitor deve partir desse referencial teórico para lançar suas análises. Do contrário, o assunto será tratado a partir de lugares diversos, produzindo mal-entendidos e injustiças.

A decisão por uma posição filosófica decorre de muito trabalho, da análise da história da filosofia e do estudo e do confronto dos paradigmas filosóficos, decidindo-se por aquele que – acredita-se – viabiliza a melhor solução para os problemas centrais da filosofia.⁴⁰⁸ Sem dúvida, as análises que serão lançadas poderiam conduzir a outras conclusões, se efetivadas

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 10 jul. 2016. Nesse texto, Rafael Tomaz de Oliveira e Alexandre Morais da Rosa esclarecem que não se deve confundir a opção por uma posição filosófica com uma concepção estreita de filosofia. Aduzem: “[...] Até porque, seria de se perguntar, o que é uma ‘concepção ampla’ (*sic*) de filosofia? Uma concepção que fique vagando pela história da filosofia sem realizar uma aderência a um paradigma filosófico? Algo do tipo: toma-se um pouquinho do que é bom de cada autor e, depois, a partir de uma *mixagem*, cria-se uma posição melhor do que cada uma era individualmente? Mas como isso pode ser realizado? Como aparar as arestas, contradições e as diferenças – profundas – que existem entre autores de tradições filosóficas distintas? Ora, não se produzem resultados interessantes, que permitam falar em inovação na filosofia ou mesmo para a teoria do direito, com esse tipo de concepção eclética da filosofia. Ao contrário, é necessário que a reflexão possa produzir uma matriz de racionalidade capaz de oferecer um quadro conceitual que servirá tanto para ler a história da filosofia quanto para analisar autores, conceitos, posições etc.”

com base em outros paradigmas filosóficos, caso seus autores defendessem outra posição filosófica e, portanto, utilizassem outro referencial teórico.

Neste trabalho, como já se pôde perceber, parte-se do quadro conceitual que pertence ao paradigma hermenêutico, na linha desenvolvida por Lenio Streck, com os aportes de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin. Ou seja, o quadro referencial teórico que preside estas reflexões é o da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck.

Em síntese, pode-se afirmar que a Crítica Hermenêutica do Direito representa uma “antropofagia” (Streck) de Heidegger, Gadamer e Dworkin, objetivando evitar os equívocos gerados pelas correntes voluntaristas, que, com o pretexto de solucionar o problema do positivismo exegético, acabaram por viabilizar a discricionariedade, o subjetivismo. Elas representam a transição de um positivismo exegético para um positivismo normativista que liberta o intérprete, característica que vai se verificar também em teorias posteriores – que, por seu turno, acabam por conceder liberdade indevida a quem interpreta –, como a Jurisprudência dos Interesses, a Jurisprudência dos Valores, a Teoria da Argumentação, entre outras.

Veja-se que a discricionariedade, que era um problema no século XIX – e, por isso, o julgador deveria limitar-se a aplicar a letra da lei (positivismo exegético) –, virou a grande solução do século XX e XXI, defendida ora como uma fatalidade, ora como uma necessidade, ou, muitas vezes, viabilizada e sequer reconhecida por várias correntes.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito possui por objetivo construir as condições para uma resposta adequada à Constituição – e não ao entendimento pessoal do intérprete –, apontando o modo da busca da resposta “correta”⁴⁰⁹ através de toda uma *criteriologia*, como exposto por Streck em seus livros.

Uma nova cadeira “assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia da consciência”.⁴¹⁰ Assim Lenio Streck sintetiza a Crítica Hermenêutica do Direito. Um novo caminho entre as posturas objetivistas e subjetivistas já apresentadas neste trabalho, as quais, na linha trabalhada pelo autor, não atendem à necessidade de uma interpretação satisfatória, em especial no que se refere à discricionariedade.

Nessa trilha, torna-se importante, ainda que sucintamente, visitar os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, isto é, seus principais elementos conceituais.

⁴⁰⁹ Embora este ponto seja trabalhado mais adiante, desde já deve ser registrado que, quando Lenio Streck fala em resposta “correta”, ele está falando em resposta adequada à Constituição, como esclarecido pelo autor em várias passagens de sua vasta obra.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 10.

4.2.1 A Crítica Hermenêutica do Direito

Lenio Luiz Streck registra que procura trazer instrumentos para uma interpretação correta do Direito, tendo como fio condutor o “método” fenomenológico, na linha de Heidegger. Assim define o autor a Crítica Hermenêutica do Direito:

[...] é uma espécie de cadeira assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia de consciência. Fundamentalmente, a Crítica Hermenêutica do Direito move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é a linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido [...].⁴¹¹

Anteriormente, foram apresentados os paradigmas entre os quais a Crítica Hermenêutica do Direito é colocada. Não é objetivista, uma vez que não defende o juiz (intérprete) boca-da-lei. Não funde, portanto, texto e norma, como se fossem um único elemento. Da mesma forma, não é subjetivista, já que luta contra a discricionariedade do intérprete, que não pode atribuir ao texto qualquer sentido. É um novo paradigma. Uma terceira cadeira.

Clarissa Tassinari, que desenvolve suas pesquisas sobre ativismo judicial sob o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, após abordar o problema nominado de *Supremocracia*⁴¹², afirma:

Mais do que nunca, diante dessa realidade, é preciso repensar a atuação do Judiciário. Assim, se o atual contexto jurídico impõe desafios, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck apresenta respostas para tanto, a partir do que o jurista passou a chamar de características do Constitucionalismo Contemporâneo. Trata-se de um movimento que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de ‘descontinuidade’, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação [...].⁴¹³

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 10.

⁴¹² Nome dado ao fenômeno consistente na assunção pelo Supremo Tribunal Federal de funções que não lhe caberiam, criando o Direito por exemplo. Seria o “ativismo” do STF.

⁴¹³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 134.

Nesse contexto de Constitucionalismo Contemporâneo⁴¹⁴, Tassinari esclarece que a Constituição passa a ser onipresente, determinando não apenas o procedimento, mas o conteúdo dos atos públicos, subordinando as funções de todos os poderes da república. A força da Constituição afasta a lei como fonte única, além de subordinar a validade da lei a sua harmonia com o texto constitucional.⁴¹⁵ Registra a autora:

É neste sentido que a proposta de Lenio Streck apresenta-se diferenciada: não consiste apenas em dar uma nova tônica à interpretação do Direito, mas em perceber que esta superação da discricionariedade somente é possível pela via de uma decisão judicial que esteja alicerçada sobre pressupostos democráticos. Por isso, colocar em xeque o caráter discricionário da decisão implica outra pergunta fundamental: *como decidir?* O Constitucionalismo Contemporâneo responde bravamente a esse questionamento com a construção de uma *teoria da decisão judicial*, compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas no Direito.⁴¹⁶

Nesse horizonte, Francisco José Borges Motta sintetiza que os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito permitirão afirmar que é o Direito o protagonista em nosso Estado Democrático de Direito, e não o juiz.⁴¹⁷

Tassinari apresenta quatro elementos estruturais da teoria da decisão judicial proposta por Streck. Primeiro, *um novo modo de conceber o ato interpretativo*, baseado no método hermenêutico-fenomenológico de Heidegger e na hermenêutica filosófica de Gadamer, com o afastamento da cisão entre ato de interpretação e aplicação, permanecendo apenas a *applicatio*. O ato interpretativo deixa de ser um ato de reprodução e passa a ser um ato de produção de sentido. Segundo, a *responsabilidade política dos juízes*, na linha sustentada por Ronald Dworkin, no sentido de que os juízes devem sentir-se “politicamente constrangidos”

⁴¹⁴ Lenio Streck apresentou a ideia do “Constitucionalismo Contemporâneo” para fugir da equivocidade do termo “neoconstitucionalismo”, o qual muitas vezes conduz a concepções subjetivistas, como a Jurisprudências dos Valores e suas derivações, proclamando o novo voltando ao passado. Além disso, a expressão “neoconstitucionalismo” poder sugerir a superação do Constitucionalismo, o que não pretende o autor. Em suas palavras: “[...] Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

⁴¹⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 136.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁴¹⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

(Streck) quando tomam uma decisão judicial e decidem, inclusive, questões que envolvem direitos sociais. Terceiro, o *dever de fundamentação* da decisão, ressaltando que decisão não é escolha. Quarto e, por fim, a *resposta constitucionalmente adequada*, ganhando força o fechamento interpretativo dos princípios e o respeito à história institucional do direito.⁴¹⁸

Desde já, fica fácil perceber que a Crítica Hermenêutica do Direito coloca em destaque a responsabilidade política do intérprete/julgador em um Estado Democrático e de Direito. Portanto, deve-se agir, em busca de uma adequada decisão, dentro de limites impostos pelo próprio sistema jurídico. Deve-se lutar contra decisionismos e arbitrariedades daqueles que pensam que “o Direito é o que os tribunais dizem que é”. E quando o intérprete/aplicador não faz isso voluntariamente, agindo como *senhor dos sentidos*, ele deve ser “constrangido” a fazê-lo. Talvez por isso a Crítica Hermenêutica do Direito seja tão combatida e vítima de críticas injustas.

4.2.2 A Busca da Resposta Correta

A Crítica Hermenêutica do Direito acredita na existência de respostas corretas em Direito, entendidas como respostas constitucionalmente adequadas. Trata-se de exigir o mínimo.

Lenio Luiz Streck salienta que é o caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica que permite falar em respostas corretas, ensinando que o caráter irrepetível do caso concreto é que propicia a resposta para determinado caso. Mas, em um novo caso, uma nova compreensão – decorrente de uma renovada pré-compreensão – pode levar a uma nova resposta.^{419 420} E acrescenta Streck:

Em síntese, a tese aqui fundamentada na hermenêutica, porque lastreada na incindibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre a resposta: nem a única nem uma entre várias possíveis. Trata-se da ‘resposta’, que exsurge como síntese hermenêutica, como descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofa em que se manifesta a coisa mesma (*die Sache selbst*). [...] ⁴²¹

⁴¹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 142-145.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 10.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 362.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 364.

Portanto, para Lenio Streck, existe, para cada caso, *a* resposta. A compreensão do intérprete é modificada a todo o momento. Por isso, a nova análise do caso, em tese idêntico, ocorrerá sobre a égide de uma nova pré-compreensão. Assim, a resposta defendida por Streck, partindo de uma compreensão hermenêutico-fenomenológica (outro ponto de partida poderá levar a outra resposta), é conteudística, única para cada caso concreto, diante da temporalidade da compreensão. Isso não se confunde com as teses de Alexy e Habermas, que defendem a existência de respostas corretas baseadas em métodos (ponderação e discurso prévio de fundamentação). Nesse sentido, explica Streck:

Trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira – no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprios da existência – que exsurge desse acontecimento hermenêutico. [...] ⁴²²

Nesse sentido, Francisco Motta salienta que sustentar a existência de respostas certas em Direito “é menos ‘pretensioso’ ou ‘absurdo’ do que pode parecer à primeira vista”. O autor afasta a impugnação de que somente pode ser verdadeiro aquilo que pode ser demonstrado, verificado. Não aceita a afirmação de que não adianta falar em verdade quando não existe critério para aferir se aquela decisão é, de fato, correta. ⁴²³ E observa:

Ora, isso significaria fechar os ouvidos ao que a hermenêutica filosófica tem a dizer ao Direito (e à experiência humana em geral). Não teremos aprendido nada com Gadamer? Esta refutação ignora a extensão da questão da ‘verdade’ à compreensão nas ‘ciências do espírito’. É como se um texto (que veicule um princípio, ou uma regra, a respeito da qual seja possível converter) se ‘fechasse’ à interpretação, ou, pelo menos, às possibilidades de interpretá-lo ‘corretamente’. Ora, nós somos (sim) ‘capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala’, e aí não estará em jogo qualquer explicitação de causas cuja soma nos conduza, necessariamente, a um único resultado. Quer dizer, é possível construir verdades que não sejam matemáticas, mas hermenêuticas (e nem por isto ‘menos’ verdadeiras). E o Direito é interpretativo, é hermenêutico, é filosófico. ⁴²⁴

⁴²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 364.

⁴²³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 82.

Motta explica que, com base na hermenêutica, é possível afirmar que uma proposição é verdadeira se mais coerente com o direito estabelecido.⁴²⁵

É essa resposta, construída hermeneuticamente e adequada constitucionalmente (coerente com o direito estabelecido), que a Crítica Hermenêutica do Direito visa a propiciar. Surpreende que, ainda nesta quadra da história, muitos não aceitem a defesa da existência de uma resposta correta, aquela adequada constitucionalmente.

4.2.3 Teoremas Fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito

Para que se compreenda a Crítica Hermenêutica do Direito é preciso conhecer os elementos/teoremas com os quais trabalha. Nesse sentido, serão abordados *a diferença ontológica*, *o círculo hermenêutico* e *a pré-compreensão*, elementos que servem de sustentáculo para a Crítica Hermenêutica do Direito e que serão fundamentais para a reflexão pretendida.

4.2.3.1 A Diferença Ontológica entre Texto e Norma

Quando foram apresentados os paradigmas objetivistas e subjetivistas, destacou-se que, para os primeiros, há uma completa identificação entre o texto e o sentido do texto (norma), razão pela qual o intérprete limita-se a aplicar o texto, que já possui em si o seu sentido. Por sua vez, no paradigma subjetivista, verificou-se que há uma integral cisão entre o texto e o sentido do texto (norma), de modo que o intérprete pode conferir ao texto o sentido que desejar, não estando vinculado (ou limitado) de qualquer forma à redação.

Para a hermenêutica filosófica, não existe identificação nem cisão, mas, sim, uma *diferença*, que é *ontológica*. Essa diferença decorre da temporalidade. Insiste-se: a diferença decorre da temporalidade. O sentido do texto, a norma, varia devido à temporalidade, que, em última análise, traduz-se numa ideia de *contextualização* (o que está muito vinculado à concepção de “fusão de horizontes” gadameriana).

⁴²⁵ No mesmo ponto, ensina ainda: “[...] Dworkin argumenta que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é uma justificativa tanto melhor do que outra na medida em que alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra; já a segunda dimensão, a dimensão da moralidade política, supõe que, se as duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos (o que é raro), uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor do que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é: se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm”. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 83.

Heidegger ensina que “o ser da presença tem o seu sentido na temporalidade”, a qual é condição de possibilidade para a historicidade.⁴²⁶ Nesse fio, Streck registra que “negar a diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.”⁴²⁷

Para *normar* o texto, para descobrir o seu sentido, precisa-se considerar a tradição e a historicidade, que só existem na temporalidade. Lembra Streck que “os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo.”⁴²⁸ Veja a importância da tradição e de seu conteúdo, ou seja, do legado que ela entrega. É a partir dessa faticidade legada pela tradição que se pode atribuir sentido.

Nessa linha, Heidegger afirma que é a tradição – histórica e temporal – que “retira a capacidade de se guiar por si mesma, de questionar e escolher a si mesma”,⁴²⁹ reforçando o caráter antirrelativista da interpretação. Essa afirmação de Heidegger é muito importante para o presente trabalho, lembrando que a tradição limita a compreensão e serve – ou deveria servir – de barreira contra a subjetividade.

Para Streck, a norma não é uma capa de sentido separada do texto. Este, quando surge, já aparece “normado” a partir da condição de *ser-no-mundo* do intérprete, impregnado pela tradição, pela faticidade e pela historicidade. Tal *normação* decorre da diferença ontológica.⁴³⁰ Nesse sentido, adverte o autor que, para superar o paradigma da relação sujeito-objeto, não basta entender que texto e norma não são a mesma coisa ou não podem ser equiparados. Deve-se ir além, percebendo que essa diferença é ontológica⁴³¹.

Após citar a expressão de Heidegger de que “o ser dos entes não ‘é’ em si mesmo um outro ente”, Wilson Engelmann observa que “aqui está a chave principal da diferença ontológica pois ‘ser’ e ‘ente’ não são a mesma coisa e como tal devem ser tratados”.⁴³² Ainda, reforça o autor a importância da temporalidade, ressaltando que, de acordo com a proposta

⁴²⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 57.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 338.

⁴²⁹ HEIDEGGER, *op. cit.*, p. 59.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 313.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 313.

⁴³² ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208.

heideggeriana, deve-se interpretar partindo-se da temporalidade, sendo que a “diferença ontológica precisa ser projetada no horizonte do tempo, pois é aí que ela se torna possível.”⁴³³

No livro *Verdade e Consenso*, Streck afirma:

[...] a diferença ontológica é exatamente – juntamente com o círculo hermenêutico – o sustentáculo da hermenêutica filosófica. Com ela, o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da *applicatio*). E isso constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a *diferença* que faz a *diferença* entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta.

Dizendo de outro modo, é esta, basicamente, a *aplicação da diferença ontológica que fiz ao direito* – e creio que de forma pioneira no Brasil – a partir da ruptura com a dicotomia texto-norma e vigência-validade. Ou seja, é *assim que se supera qualquer pretensão objetivista* (pelo qual a norma estaria ‘contida’ no texto) e *qualquer pretensão subjetivista* (o texto perde importância, na medida em que o intérprete atribui “qualquer” norma ao texto, a partir de um conjunto de valores – v.g., o que ocorre com a jurisprudência dos valores e com as demais teorias axiológicas da interpretação jurídica).⁴³⁴

E Hans-Georg Gadamer, nesta linha, conclui:

[...] Isso porque a distância temporal em sua produtividade hermenêutica só pôde ser pensada a partir da mudança de rumo ontológico que Heidegger deu à compreensão como um ‘existencial’ e a partir da interpretação temporal que aplicou ao ser da pre-sença.⁴³⁵

Para Streck, a diferença ontológica é o “axioma que comanda a antecipação de sentido (o texto só é no seu sentido, e o sentido só é no seu texto, fenômeno que se dá sempre em um mundo prático, ou, se se quiser, na situação concreta do caso jurídico).”⁴³⁶ A pré-compreensão do intérprete já define o sentido do texto, a norma, de forma “automática”, diante do caso concreto.

⁴³³ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 210.

⁴³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219-220.

⁴³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 393.

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 361.

Portanto, é este elemento que revela que texto e norma são diferentes e inafastáveis. A *diferença*, que é ontológica, decorre da temporalidade; a *inafastabilidade* está no fato de que um não existe sem o outro, o texto só é em sua norma e vice-versa.

4.2.3.2 O Círculo Hermenêutico

Outro elemento central da Crítica Hermenêutica do Direito é o *círculo hermenêutico* (considerado, junto com a diferença ontológica, teorema fundamental da filosofia hermenêutica heideggeriana). Somente compreendendo a ideia de círculo hermenêutico é que se pode compreender a hermenêutica filosófica. É dentro do círculo hermenêutico que tudo ocorre. A pré-compreensão e a diferença ontológica ganham sentido dentro do círculo hermenêutico.

Em poucas palavras, pode-se dizer que o *círculo hermenêutico* opera quando o intérprete, com base em sua pré-compreensão, lança-se/projeta-se sobre o texto, compreendendo-o. Assim, a sua pré-compreensão retorna modificada, sendo condição de possibilidade para uma nova compreensão, e assim por diante, circularmente.

Rohden registra que a metodologia hermenêutica ocorre circularmente.⁴³⁷ Para o autor, o círculo hermenêutico constitui-se na estrutura do próprio filosofar, sendo o seu caminho. É elucidativa a síntese apresentada por Rohden, ao afirmar que, entre o que se sabe e o que se procura saber, ocorre uma circularidade.⁴³⁸ Nesse sentido, afirma o autor:

O círculo hermenêutico deixa de ser simplesmente epistemológico (como uma técnica universal de compreensão do sentido) e passa a ser ontológico (como o modo de constituir o sentido, modo de ser do *Dasein*). Heidegger introduziu no círculo hermenêutico o sujeito que compreende, que ‘toma sempre consigo o todo de seu mundo, a partir do qual realiza a projeção do sentido e no qual se abre o conteúdo individual em seu sentido’. Do ponto de vista ontológico, com o círculo hermenêutico, toda a compreensão é autocompreensão, todo autêntico ato filosófico é auto-implicativo.⁴³⁹

E acrescenta Rohden:

Heidegger e Gadamer, preocupados com as condições de possibilidade e com o acontecer do sentido – não apenas com as condições de possibilidade do conhecimento –, conceberam o círculo hermenêutico ontologicamente. Desde então ele não pode mais ser considerado com um meio para chegar a

⁴³⁷ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 152.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 161-162.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 163.

um fim, um instrumento do conhecimento, *tout court*. É ontológico porque o sujeito está sempre implicado no ato de conhecer e de pensar.⁴⁴⁰

Esse é, em resumo, a ideia de círculo hermenêutico. Ela será novamente analisada quando for abordada a *forma de seu funcionamento*, ou seja, como a pré-compreensão, observada a seguir, atua no círculo hermenêutico.

4.2.3.3 A Pré-Compreensão

A pré-compreensão é sem dúvida um dos conceitos mais importantes com que trabalha a Crítica Hermenêutica do Direito. Mas talvez seja este também um de seus elementos mais *incompreendidos*, razão pela qual o tema será abordado de forma um pouco mais aprofundada.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger, de forma esclarecedora, ensina que “a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”.⁴⁴¹

No sentido tratado pela filosofia hermenêutica (e também pela hermenêutica filosófica de Gadamer), a pré-compreensão, este “ter prévio”, consiste em entendimentos antecipados sobre o mundo, fruto da condição do indivíduo de “ser no mundo”. O indivíduo, em sua formação, recebe influência da história, de instituições (família, religião, escola), entre outros, que forjam uma base para o entendimento. Quando se compreende, não se parte do nada, não se está “desnudo”. Compreende-se com base em toda uma vida de relações e condições históricas.

A pré-compreensão é condição prévia para a compreensão de um texto. É ela que viabilizará o compreender. É a partir dela que se compreende. Cada compreensão modifica a pré-compreensão, e a nova leitura será diferente, pois partirá de uma nova pré-compreensão.

Ao tratar da pré-compreensão, Gadamer faz importante advertência: o intérprete deve ficar atento à “arbitrariedade” (palavra usada por Gadamer) de intuições ou hábitos que viciam a correta compreensão. Ou seja, não é toda a nossa pré-compreensão que deve servir de base para a compreensão.⁴⁴²

⁴⁴⁰ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 164.

⁴⁴¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 211.

⁴⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 354.

Por evidente, Gadamer não sustenta que, para a adequada compreensão, não se possa ter juízos prévios. Isso seria impossível, uma vez que tais “arbitrariedades” não dependem do querer do intérprete. Elas simplesmente existem diante da condição de *ser-no-mundo*, em face das experiências de vida do indivíduo.

Diante da inevitabilidade de juízos prévios, que podem ser negativos/ruins ou positivos/bons⁴⁴³, Gadamer observa que a conduta correta do intérprete está em se *dar conta* desses obstáculos (que viciam uma “imparcial” compreensão), afastando-se de sua influência indevida. Gadamer fala na necessidade de “corrigir a autocompreensão”.⁴⁴⁴ O filósofo sintetiza que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”.⁴⁴⁵ Nesse sentido, ensina Gadamer:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. [...] Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.⁴⁴⁶

Destaca Gadamer que “são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição”⁴⁴⁷. Este é um perigo constante para o intérprete. Quando não se dá conta de seus preconceitos, a interpretação vem viciada por eles, representando a opinião pessoal do intérprete, e não a “verdade” que deveria ser revelada. Esta situação fica ainda mais grave quando o intérprete se dá conta do preconceito legítimo e opta por desconsiderá-lo.

Em uma frase, pode-se dizer: a “pré-compreensão” é a “compreensão” em relação a uma futura “compreensão”. E o círculo hermenêutico faz a ligação entre a pré-compreensão e a compreensão, como conclui Rohden⁴⁴⁸, e como também será apresentado a seguir.

⁴⁴³ Nesse sentido, Gadamer: “‘Preconceito’ não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito *permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente*”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 360.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 354.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 355.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 358.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 359.

⁴⁴⁸ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 168.

Streck registra que “quem compreende não tem uma mente em branco, como uma *tábula rasa*, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser”. Lembra o jurista que a pré-compreensão não é algo que se decide possuir ou não. A tradição, que forma a pré-compreensão, é um legado compulsório, ao qual o sujeito/intérprete não pode renunciar, e que vem a ele através da linguagem.⁴⁴⁹

Ainda, Streck adverte que “compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetiva*) do intérprete”.⁴⁵⁰

A pré-compreensão, insiste-se, é a “condição de possibilidade” para a compreensão no interior do círculo hermenêutico. E mais: sabe-se que primeiro compreende-se para depois interpretar (e não o contrário), razão pela qual se conclui que a pré-compreensão, que viabiliza a compreensão, é também *condição de possibilidade* para a interpretação. Streck sintetiza este ponto:

Toda a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Para Gadamer, é da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma pré-compreensão que abre um primeiro acesso de inteligência; a pré-compreensão constitui um movimento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. [...] Heidegger reconhece que a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão.⁴⁵¹

Streck adverte para os riscos envolvidos na aplicação da pré-compreensão *para a* compreensão:

Desse modo, aquele que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. *Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que, como projetos, são antecipações que devem confirmar-se nas coisas, é a tarefa constante da compreensão.* A compreensão só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as quais inicia não são arbitrárias. Em razão desta circunstância, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade. Frente a todo o texto, nossa tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos linguísticos; contrariamente a isto,

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 297-298.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 299.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 301-302.

Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito linguístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar, acrescenta.⁴⁵²

“Um projetar”. Como visto, esse projetar não ocorre de forma “desnuda”, mas, sim, carregado de juízos prévios, que fazem parte da formação histórica do indivíduo. Entretanto, e este é um ponto crucial, deve-se ter consciência da existência de tais juízos para que se possa afastá-los quando, em decorrência de sua ilegitimidade, viciam a interpretação.

O julgador, por exemplo, deve estar consciente de que sua mente está povoada por conceitos e juízos, legítimos e ilegítimos, que formaram a sua individualidade. Da mesma forma, deve estar consciente de que isso pode prejudicar o seu julgamento, caso sejam considerados os preconceitos ilegítimos ou desconsiderados os legítimos.

Francisco José Borges Motta adverte que “não é sequer possível que uma interpretação se dê sem pré-compreensão; não há intérprete sem preconceitos, ou seja, despido de uma conceitualidade prévia que lhe permita abordar o texto.” Motta ainda lembra que Streck salienta há muito tempo que a função primeira da hermenêutica é provocar os pré-juízos.⁴⁵³

Na mesma linha, Palmer, após destacar que se compreende quando se compara com algo que já se conhece, e que, portanto, aquilo que deve ser compreendido também deve já ser sabido, aduz que “temos que possuir, até certo ponto, um conhecimento do tema em causa. Isso pode ser designado como o conhecimento prévio, minimamente necessário à compreensão, sem o qual não podemos saltar para o círculo hermenêutico”.⁴⁵⁴ Isso porque, como já referido, a pré-compreensão nada mais é do que a compreensão em relação a uma nova e futura compreensão. É condição de possibilidade. Ainda, Palmer refere:

Significa que compreendemos o presente apenas no horizonte do passado e do futuro; isto não é uma questão de esforço consciente, construindo-se sobre a estrutura da própria experiência. Mas tornar explícita esta historicidade tem na verdade consequências hermenêuticas, pois a não historicidade da interpretação já não pode ser assumida.⁴⁵⁵

Portanto, a pré-compreensão conduz à conclusão de que a compreensão é sempre provisória, nunca acabada. Diante da condição de *ser-no-mundo*, torna-se impossível falar de

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 296.

⁴⁵³ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94-95.

⁴⁵⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 94.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 117.

uma compreensão definitiva. Para que se tenha a compreensão, o horizonte do intérprete, previamente projetado, é fundamental.

Seguindo a mesma trilha, Manfredo A. de Oliveira trata da historicidade como condição de possibilidade para a compreensão, aduzindo que “compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora ‘condições transcendentais’ de nossa compreensão”.⁴⁵⁶

Para encerrar este ponto, Gadamer afirma:

[...] Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa. [...] Desse modo, o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. [...].⁴⁵⁷

E conclui:

Enquanto tais, os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos.⁴⁵⁸

Portanto, a pré-compreensão é a condição de possibilidade para a compreensão, que ocorrerá no círculo hermenêutico. É legada compulsoriamente através da tradição e da história e não se encontra à disposição do intérprete. Entretanto, cabe ao intérprete se dar conta de seus pré-conceitos para poder avaliá-los como produtivos ou não, sob pena de mal-entendidos na compreensão, como adverte Gadamer.

4.2.3.4 A Funcionalidade do Círculo Hermenêutico (pré-compreensão e fusão de horizontes)

Neste ponto, interessante observar como esses elementos, isoladamente estudados, atuam. Wilson Engelmann sintetiza muito bem a *funcionalidade* do círculo hermenêutico, ensinando que “a atribuição de sentido, como resultado do trabalho do intérprete, ocorre dentro do chamado círculo hermenêutico. Esta circularidade é vislumbrada numa espécie de espiral hermenêutica, onde a compreensão sempre é precedida pela pré-compreensão.” O

⁴⁵⁶ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 228.

⁴⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 390.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 391.

autor ainda destaca que a interpretação renova-se a cada caso concreto diante da constante alteração da situação fática, do mundo, a que está imerso o intérprete.⁴⁵⁹

Assim, percebe-se que o círculo hermenêutico é alimentado constantemente pela tradição do intérprete, que modifica a pré-compreensão e, portanto, também o resultado da interpretação através do círculo.

Da mesma forma, Rohden traz interessante análise da pré-compreensão no círculo hermenêutico:

[...] Ao filosofarmos, temos ou elaboramos sempre um projeto, antecipando um sentido do conjunto, o que se aplica ao dialogarmos ou ao lermos um texto. Simultaneamente, circularmente, o projeto que temos ou elaboramos se torna visível. Por isso, nossos projetos devem ser sempre revistos e reformulados, e nunca nos devemos dar por satisfeitos com eles. O círculo hermenêutico pode ser considerado como um enquanto instaurador de sentido, pois cada revisão do projeto pode desembocar em um novo projeto de sentido, onde outros projetos em questão ‘podem contribuir conjuntamente a uma reelaboração até fixar com mais clareza a unidade do sentido’, onde, na interpretação que se inicia com pré-conceitos, estes são substituídos por conceitos mais adequados [...].⁴⁶⁰

E prossegue afirmando que, para Heidegger e Gadamer, há uma circularidade eterna, uma inesgotabilidade de sentido, não havendo uma interpretação definitiva.⁴⁶¹ Ao referir que o círculo hermenêutico é um “enquanto”, destaca a temporalidade, a provisoriedade da compreensão, que permite que ela seja aprimorada constantemente.

No círculo hermenêutico, a compreensão, em cada nova “operação”, avança para um novo patamar no entendimento do texto. Abboud, Carnio e Oliveira tratam desse tema, afirmando que a compreensão realiza-se em um projetar, ocorrendo, assim, uma antecipação de sentido tão logo o intérprete perceba o primeiro sentido. Esse projeto sofre constante revisão, decorrente da ampliação de sentido do texto.⁴⁶²

⁴⁵⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 238.

⁴⁶⁰ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 164.

⁴⁶¹ Ibid., p. 166.

⁴⁶² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 420. Em outra passagem, os autores voltam a tratar do procedimento da compreensão: “Assim, não há uma estrutura metodológica rígida que prescreva a interpretação. Esta é sim desde sempre condicionada pelos pré-juízos e pela pré-compreensão do intérprete que são legados pela tradição histórica na qual ele – intérprete – está linguisticamente mergulhado. Não são métodos/cânones que guiam o intérprete em sua empresa hermenêutica, mas sim seus projetos de sentido que emanam do confronto de seus pré-juízos/pré-compreensão com o texto. Os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade na medida em que são compatíveis com a ‘coisa ela mesma’ ou com a ‘coisa em si’ presente no texto. Se esta alteridade entre texto e intérprete se mostrar incompatível com a ‘coisa em si’, há a substituição dos sentidos atribuídos pelo intérprete por outros mais autênticos, e, assim, sucessivamente”. Ibid., p. 422.

O intérprete possui o seu “mundo” (Streck). O “mundo” do intérprete muda constantemente, alterando a sua pré-compreensão, produzindo uma nova compreensão. É a pré-compreensão apresentada pela hermenêutica filosófica que impede a discricionariedade do intérprete (que, muitas vezes, sequer possui consciência desses pré-conceitos que orientam a empreitada compreensiva), pois na ideia de pré-compreensão está inclusa a existência de um *a priori* compartilhado de sentido.

Nessa linha, Manfredo de Oliveira apresenta preciosa observação, salientando que, com Gadamer, se pode afirmar que “os pré-conceitos não são pré-conceitos de um sujeito, mas muito mais a realidade histórica de seu ser, aquele todo histórico de sentido no qual os sujeitos emergem como sujeitos”.⁴⁶³ Portanto, os pré-conceitos não são do sujeito, mas da comunidade histórica. São eles que, não sendo do sujeito, impedem a subjetividade. Isso não significa que o intérprete não possua seus pré-conceitos, mas não são esses conceitos pessoais que devem guiar a sua compreensão; aliás, ele deve suspender seus pré-conceitos ilegítimos, sob pena de tomar uma decisão arbitrária.

Para os fins deste trabalho, deve-se ter presente que a atribuição do sentido de um texto deve ocorrer baseada na “situação hermenêutica” (pré-juízos, tradição...) do intérprete, a qual não está disponível para ele. Essa é a questão. A situação hermenêutica é construída sem a intervenção intencional do intérprete, e ela é legada a ele compulsoriamente (Streck),⁴⁶⁴ sendo condição de possibilidade para uma adequada compreensão.

Streck lembra que o círculo hermenêutico permite a contínua correção dos juízos, evitando juízos falsos ou subjetivos. Veja-se:

Através do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar.

⁴⁶³ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 229.

⁴⁶⁴ Em artigo, Streck observa: “Não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito *para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática* e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política, *superou o esquema sujeito-objeto*). Na hermenêutica filosófica aqui professada, o círculo hermenêutico “atravessa” a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do “esquema sujeito-objeto”, mas sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, *mas como esta se dá*.” STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória/ES**, Vitória, n. 7. p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

Os pré-juízos não percebidos enquanto tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos ‘como’ pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição *ilegítima*. A compreensão tem insita a permanente tensão entre coisa e intérprete.

Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (*Auslegung*), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (*Sinngebung*). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido. Interpretar é *iluminar as condições sobre as quais se compreende*, para usar as precisas palavras de Gadamer.⁴⁶⁵

Rohden ensina que não se pode romper o círculo hermenêutico, na medida em que não se parte do conhecimento zero. Pelo contrário, deve-se valorizá-lo como condição fundamental do filosofar autêntico e universal.⁴⁶⁶ Na verdade, o intérprete não tem opção. O conhecimento verdadeiro e autêntico somente assim é obtido.

Portanto, é no círculo hermenêutico que a pré-compreensão apresenta todo o seu valor, ao limitar a atividade de interpretação através da tradição, a qual, na linha do que escreveu Gadamer, não é do intérprete, mas da própria comunidade em sua história compartilhada.

A atividade interpretativa é sempre produtiva de sentidos. Não pode ser reprodutiva, uma vez que é guiada pela pré-compreensão, sempre provisória, fazendo com que a cada nova compreensão tenha-se a produção de um novo sentido, uma *atualização* de sentido.

Rohden afirma que “o círculo hermenêutico estabelece a ligação entre a pré-compreensão e a compreensão, o singular e o todo, indo e vindo de uma à outra margem, constituindo a ‘terceira margem do rio’, que denominamos de *enquanto* filosófico.” O círculo hermenêutico é um *enquanto*, na medida em que indica o movimento, um ainda por dizer.⁴⁶⁷ O círculo sempre se renova, e a compreensão é provisória na perspectiva do tempo e do caso concreto. “A única constante é a infinitude do movimento”.⁴⁶⁸

Ainda, Rohden combate os argumentos daqueles que, com base na pré-compreensão, acusam o círculo hermenêutico de ser um círculo vicioso. Ensina o autor que “a pré-compreensão é condição, e não empecilho, do filosofar. Toda nova compreensão é inserida em nosso mundo compreensivo, enriquecendo e aprofundando nossa pré-compreensão”.⁴⁶⁹ Veja-se que, no próximo “ciclo”, a pré-compreensão será diferente, uma vez que

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. *Revista Eletrônica Anima*, [S.l.], 2007. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

⁴⁶⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 173-174.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 168-169.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 170.

“enriquecida” – até mesmo para corrigi-la – com a compreensão anterior, possibilitando uma diferente – e mais ampla e universal – compreensão.

No mesmo sentido, Engelmann destaca que a circularidade ocorre à medida que a compreensão é sempre precedida pela pré-compreensão. A interpretação é sempre renovada diante do caso concreto e da situação de mundo que rodeia o intérprete⁴⁷⁰ e, também, que alimenta a pré-compreensão. Salienta o autor que o círculo hermenêutico é um conjunto formado por pré-compreensão, compreensão, interpretação e aplicação. Diante da cada situação ocorre um novo ingresso no círculo, obtendo-se uma nova solução para determinado caso.⁴⁷¹

A atividade compreensiva é assim definida por Francisco Motta:

[...] Lembramos que quem quer compreender um texto (e, neste contexto, a prática social ‘funciona’ como um ‘texto’) realiza sempre um ‘projetar’, ou seja, tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do ‘todo’, e isso justamente porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado (o ‘propósito’); assim, é na ‘elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido’ que consiste a compreensão do que está posto no texto. Fixemos bem isso: é esta interação entre o ‘propósito’ (um projeto compreensivo) e o ‘objeto’ da interpretação (um texto, uma prática social instituída sob o império do Direito) que marca a ‘atitude interpretativa’ dworkiniana e a ‘espiral hermenêutica’ gadameriana.⁴⁷²

Para chegar à *resposta*, o intérprete lança-se sobre o fato concreto com base em sua pré-compreensão (ela que carrega as condições de possibilidade para a interpretação, ou seja, a faticidade e a tradição, a historicidade), resultando na compreensão.

São esses os elementos essenciais com que trabalha a Crítica Hermenêutica do Direito e que, devidamente entendidos, permitirão a reflexão sobre a correção/adequação da compreensão/decisão.

4.3 A REALIDADE DO PROCESSO BRASILEIRO: exemplos paradigmáticos

No desenvolvimento da presente pesquisa foram apresentados os principais paradigmas entregues pela tradição, assim como o caminho da reflexão filosófica proposta.

⁴⁷⁰ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 238.

⁴⁷¹ Ibid., p. 244.

⁴⁷² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

Assim, já se possui informações suficientes para, a partir da análise de situações concretas, responder à pergunta anteriormente projetada, qual seja, a que questiona se os paradigmas entregues pela tradição são considerados pelo intérprete para a construção de uma adequada concepção de processo (como *processo democrático*). É, portanto, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito que se pode verificar se esses paradigmas legítimos orientam a compreensão na atribuição de sentido ao *processo* (sob uma perspectiva teórica, paradigmática) ou em sua *operacionalidade*. A resposta, como adiantado, é negativa. Entre uma infinidade de exemplos, apresentam-se algumas decisões que bem ilustram a situação no direito brasileiro.

4.3.1 O Julgamento do Habeas Corpus 126.292: a presunção de inocência e a prisão decorrente de decisão condenatória sem trânsito em julgado

O primeiro exemplo paradigmático de um dos pontos do problema que se pretende enfrentar ocorreu há pouco tempo. Nele fica clara a presença de elevado grau de subjetivismo na Corte Suprema, com a pretensão de correção do Direito, baseada nos mais variados elementos extrajurídicos. Ou seja, fica claro que o Supremo Tribunal Federal não conseguiu receber o novo, ainda decidindo com base em paradigma ultrapassado. Veja-se.

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7x4), decidiu que a execução provisória da sentença penal condenatória, confirmada em segundo grau, ainda que passível de recurso, não viola o princípio da presunção de inocência.⁴⁷³ O julgamento foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Foram vencidos, ou seja, votavam pelo entendimento de violação do princípio da presunção de inocência no caso de prisão antes do trânsito em julgado, os ilustres Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e o então presidente Ricardo Lewandowski.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292**. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas e Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC 313.021 do STJ. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Tratava-se de indivíduo condenado em primeiro grau e que, em instância superior, em recurso exclusivo da defesa, teve negado provimento ao seu recurso de apelação, determinando-se a sua imediata prisão. Embora com facilidade verifique-se a possibilidade de outros questionamentos (por exemplo, o agravamento da situação do réu em recurso exclusivo da defesa), a análise pretendida refere-se unicamente à violação ou não da presunção de inocência e os diferentes argumentos apresentados (com pretensão – e apenas isso – de fundamentação), muitas vezes baseados em elementos de duvidosa adequação jurídica e constitucional.

É importante, desde já, observar que não se trata de prisão processual, a qual, evidentemente, quando necessária ao processo, não viola o princípio da presunção de inocência, conforme inclusive já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal. Muitos não se deram conta disso e defendem a prisão antecipada pelas razões que viabilizariam a prisão preventiva, como a ameaça à ordem pública diante da conduta do sujeito voltada para a prática de ilícitos. Ou seja, em casos como o mencionado, não seria necessária a antecipação da pena. O ordenamento jurídico dá o remédio para evitar a ameaça à ordem pública antes da condenação definitiva. É claro, uma vez preso preventivamente, a justiça tem que trabalhar rápido, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal, *pressão* que, talvez, não interesse aos tribunais superiores.

No caso, a prisão do sujeito decorreu da condenação provisória (não transitada em julgado). A prisão provisória para a maioria do Supremo Tribunal Federal justifica-se pelo reconhecimento da culpa do acusado, ainda que de forma precária. Ou seja, trata-se de prisão-pena. Afinal, caso outro fosse o motivo – por exemplo, no interesse do processo – seria o caso de prisão preventiva.⁴⁷⁵

No julgamento, o relator, Ministro Teori Zavascki, entendeu que a decisão que determinou a prisão em segundo grau confrontava o entendimento do Supremo Tribunal, consagrado no *Habeas Corpus* 84.078/MG⁴⁷⁶, no sentido de que a prisão decorrente da

⁴⁷⁵ Desde já nota-se uma controvérsia que se avizinha. Em caso de condenação no segundo grau, poderá ou deverá ocorrer a prisão? Se a resposta for poderá, quando será possível? Muitos responderão: nos casos de criminoso perigoso ou que ameace fugir. Mas não é para isso que existe a prisão preventiva?

⁴⁷⁶ *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

condenação somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Referiu o Ministro Teori que a prisão provisória era considerada cabível pelo Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Constituição Federal de 1988, com o entendimento de que a condenação em segundo grau demonstrava consistência na acusação, sendo a prisão consequência natural da condenação⁴⁷⁷. Ainda, lembrou o Ministro que as Súmulas 716⁴⁷⁸ e

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 84.078**. Paciente: Omar coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁷⁷ Nesse sentido o Ministro Teori citou vários precedentes: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 716**. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 23 set. 2017.

717⁴⁷⁹ do Supremo, ambas de 2003, pressupõem a possibilidade de execução provisória de sentença condenatória.

Destacou o Ministro que, somente em 2009, no julgamento do já citado *Habeas Corpus* 84.078/MG, a então tradicional orientação foi alterada, assentando-se, por sete votos contra quatro, que a execução provisória da sentença penal condenatória era incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Após analisar o princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e salientar que a decisão de segundo grau exaure o exame dos fatos, o Ministro Teori concluiu:

[...] tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

Para Teori, a execução provisória não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade. O acusado, durante o processo ordinário, teve observadas todas as garantias. A pendência de julgamentos de recursos extraordinários não pode impedir a produção de efeitos próprios da condenação. Colocou como exemplo a Lei da Ficha Limpa. Destacou também que, conforme observado pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do *Habeas Corpus* 85.886, em nenhum outro país a execução da pena, depois de respeitado o duplo grau de jurisdição, fica suspensa no aguardo de decisão da Corte Suprema.⁴⁸⁰

Por fim, salientou o Ministro Teori que a forma absoluta como é entendido o princípio em questão acaba por incentivar recursos *indisfarçadamente protelatórios*. Ademais, lembrou que os recursos de natureza especial e extraordinária não interrompem a prescrição, acabando por inibir a *efetividade da jurisdição*. Também este foi o entendimento do Ministro Edson Fachin.

Na mesma linha decidiu o Ministro Luís Roberto Barroso. Este registrou que, nesses casos, a prisão se justificaria em três *fundamentos jurídicos*: a) a Constituição não condiciona a prisão, mas, sim, a culpa ao trânsito em julgado; b) a presunção de inocência é princípio – e

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁸⁰ A correção do fundamento invocado não é pacífica. Ver artigo: CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 17 set. 2017.

não regra -, devendo sua aplicação ser ponderada com outros princípios ou bens jurídicos colidentes, no caso, o interesse constitucional na efetividade da lei penal; c) esgotamento das instâncias ordinárias. Ainda, entendeu presente três *fundamentos pragmáticos*: a) tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, coibindo *recursos protelatórios* e valorizando a jurisdição ordinária; b) diminuir a *seletividade* do sistema punitivo; c) quebrar o paradigma da *impunidade* do sistema criminal. Por fim, Barroso falou em “mutação constitucional” diante do “impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”.

Luiz Fux, por sua vez, afirmou que a presunção de inocência, como aplicada, viola a *expectativa da sociedade* em relação a tal princípio, o qual deve ser entendido como previsto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, exigindo-se prova da culpabilidade, mas não do trânsito em julgado. Ou seja, no entendimento do Ministro, bastaria o convencimento do julgador, demonstrado através da decisão condenatória. Salientou a existência da “coisa julgada em capítulos”, ou seja, não se discutirá mais os fatos. Essa parte relativa à acusação e provas tornou-se indiscutível. Portanto, nada impede que se considere que, nesta parte, a decisão transitou em julgado. Salientou que a sociedade não aceita mais essa situação de recursos protelatórios e infundáveis. Referiu o Ministro a uma “incongruência social”.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator, salientando que apenas as consequências fora da espera penal dependem do trânsito em julgado.

O Ministro Gilmar Mendes destacou reportagem em que se observa que, no Brasil, se prende muito provisoriamente, criando-se obstáculos para a prisão pela condenação. Caso a parte obtenha um *Habeas Corpus*, talvez sequer venha a ser presa na execução. Observou que a prescrição pode ocorrer de forma *constrangedora*. Referiu que a definição do que vem a ser “tratado como culpado” depende de intermediação do legislador. Para busca e apreensão, exige-se “fundadas razões”; para acusá-lo, indícios de autoria e prova da materialidade; para condená-lo, prova além da dúvida razoável. Nessa linha, é aceitável que a condenação em segundo grau acarrete efeitos severos, como prisão ou outros efeitos, como inelegibilidade (Lei da Ficha Limpa). Afirmou que os documentos internacionais exigem a comprovação da culpa e não o trânsito em julgado.

A Ministra Rosa Weber divergiu do relator, em especial, para manifestar sua preocupação com a instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, cuja mudança de orientação não poderia decorrer da mera alteração dos componentes do órgão. Nessa linha, a Ministra afirmou ter “alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos

integrantes da Corte”, embora reconheça a relevância das preocupações apontadas. Lembrou que o assunto foi exaustivamente analisado por ocasião da mudança anterior de orientação.

Também o Ministro Marco Aurélio votou pela impossibilidade da prisão-pena sem condenação definitiva. Aduziu que cabe ao julgador “emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade”, mas não se pode ir tão longe. Em suas palavras: “Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva.”

No mesmo sentido, pela impossibilidade da prisão – em decorrência da condenação provisória – antes do trânsito em julgado, votaram Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

O entendimento apresentado por ocasião do julgamento acima foi confirmado em 05 de outubro de 2016, quando do julgamento cautelar de demandas propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADC 43 e 44).⁴⁸¹

Pode-se observar que os entendimentos apresentados são sustentados com diversos argumentos, muitos dos quais, embora relevantes, não deveriam pautar uma decisão judicial de modo a afastar um comando constitucional.

A valorização da justiça ordinária, a impunidade, a expectativa da sociedade, os recursos protelatórios, o constrangimento da justiça, sem dúvida são aspectos que devem preocupar o julgador. Mas seriam eles aptos a afastar a aplicação da Constituição? Seriam problemas que deveriam ser enfrentados dessa forma, com a relativização de garantias constitucionais?

Entende-se que não. Embora relevantes, essas razões refletem a opinião pessoal do julgador, baseada em elementos ilegítimos, ou seja, em elementos que não podem ser observados na decisão. Desconsideram-se elementos legítimos, como o paradigma democrático constitucional – que determina o respeito à Constituição Federal – naquilo que existe de mais básico, ou seja, no limite semântico do texto constitucional, violado com malabarismos retóricos que se prestam apenas para esconder o subjetivismo do intérprete. Na linha do que sustentou o Ministro Marco Aurélio, o sentido mínimo a ser emprestado ao princípio da presunção de inocência é não começar a “cumprir pena” antes do termo fixado na Constituição. E como não ler “trânsito em julgado” onde está escrito “trânsito em julgado”?

⁴⁸¹ Registre-se que o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, reviu parcialmente sua posição, entendendo que, para a prisão, seria necessário o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Entretanto, manteve a sua posição pela desnecessidade de espera do trânsito em julgado para que ocorresse a prisão. Assim, o resultando foi mantido em 7x4.

Não se pode esquecer que esses mesmos argumentos poderão servir para relativizar outras garantias. Ou seja, essa postura, que hoje pode agradar a muitos, amanhã servirá para atingir mais direitos ou garantias, e pouco se poderá fazer diante da legitimação conferida.

Não se discute o fato de que a Constituição deve corresponder às expectativas sociais. Mas qual o caminho? Certamente não deve ser o da relativização de garantias dos cidadãos ou das instituições.

4.3.2 A Perda de Mandato por Parlamentar Condenado Criminalmente (Caso Donadon)

Em outra ocasião, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, defensor da ponderação (como entendida no Brasil), invocou a aplicação de “metanormas”, nesta tese compreendidas como meros álibis teóricos, que servem a qualquer senhor e se prestam para esconder a posição pessoal do intérprete (como será demonstrado no próximo capítulo), como fundamento exclusivo da decisão, inclusive contra texto constitucional expresso.

No caso, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 55, parágrafo 2º,⁴⁸² cabe às Casas Legislativas decidir sobre a

⁴⁸² Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. BRASIL. **Emenda constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013**. Altera o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de veto. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc76.htm#art1>. Acesso em: 23 set. 2017.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. BRASIL. **Emenda constitucional de revisão nº 6, de 07 de junho de 1994**. Acrescenta o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr6.htm#art1>. Acesso em: 10 set. 2017. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

perda do mandato de parlamentar condenado criminalmente. Ou seja, existe regra expressa sobre isso. Em artigo que apresenta crítica quanto ao tema, Lenio Streck lembra:

Sobre este assunto, o ministro Barroso apresentou posicionamento claro à época, afirmando que a cassação dos mandatos parlamentares pelo Congresso aliviaria a tensão entre os Poderes, *in verbis*: ‘É preciso acabar com esse clima de desconfiança. Em parte, esta decisão passando de volta ao Congresso essa competência é uma forma de desanuviar um pouco esta tensão’. Ainda, manifestou-se dizendo que, embora não acreditasse que esta fosse uma boa decisão, é o que afirma a Constituição: ‘Acho que a condenação criminal, pelo menos acima de um determinado grau de gravidade do delito, deveria ter essa consequência automática. Mas a Constituição diz o contrário. O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa’.⁴⁸³

Veja-se que o Ministro Barroso decidiu de forma exemplar, respeitando a Constituição e os limites do juiz, afastando seus pré-juízos ilegítimos, e advertindo para o perigo de o texto constitucional ficar refém da vontade dos intérpretes.

Entretanto, julgando o Mandado de Segurança n. 32.326, o qual impugnava a decisão do parlamento que, usando a prerrogativa prevista na Carta da República (e inclusive, reconhecida pela Corte Constitucional, conforme visto acima), optou por não decretar a perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o mesmo Ministro Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática liminar, decidiu em sentido completamente oposto. Ou seja, decidiu pela perda automática do mandato, diante da condenação criminal:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, §3º). 1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado. 2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício. 3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. [S.l.], set. 2013. Disponível em: <<http://culturaedireito.blogspot.com.br/2013/09/critica-de-lenio-streck-decisao-do-min.html>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Câmara dos Deputados vinculada e declaratória. 4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013.⁴⁸⁴

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal apresentou construção jurídica, criando uma exceção não prevista na Constituição Federal. E o fez com base em quais fundamentos?

No acórdão, o Ministro Relator começa a sua construção sustentando que mantém o posicionamento pela competência das Casas Legislativas para decretar a perda do mandato, mas reconhece que pode haver exceções decorrentes de “imperativo jurídico e fático”. Afirma que se alinha “à posição que ficou vencida na Ação Penal 470 – e que veio a prevalecer na Ação Penal 565 –, com uma única exceção, que se impõe como imperativo jurídico e fático, a ser apreciada mais à frente.”

No decorrer do acórdão, o Ministro Barroso traz à tona a teoria de “casos fáceis” e “casos difíceis”, destacando que, para estes, não existe uma norma específica no ordenamento jurídico, ou existe um conflito de normas, ou há desacordos morais razoáveis. Nestes casos, sustenta Barroso, é necessário recorrer à ponderação dos princípios.

Por fim, após longo texto argumentativo reafirmando seu entendimento pela legitimidade das Casas Legislativas, o Ministro Barroso cria uma exceção para tal legitimidade, aduzindo que a perda será automática naqueles casos em que a pena privativa de liberdade no regime fechado exceder o tempo restante do mandato. O que chama mais atenção é o que consta do dispositivo da decisão, em que estão os “fundamentos” (no fundo, meros argumentos não amparados na Constituição) da decisão, cuja juridicidade é, no mínimo, questionável. Veja-se:

Considero, ademais, haver *periculum in mora* (perigo na demora) pela gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que, desconsiderando uma impossibilidade fática e jurídica, chancela a existência de um Deputado presidiário, cumprindo pena de mais de 13 (treze) anos, em regime inicial fechado. A indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos legitimam a atuação imediata do Judiciário.

Veja que a atividade compreensiva é sempre precária. A posição pessoal do Ministro, facilmente perceptível nas duas decisões, *venceu* nesse segundo momento, e argumentos

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 32.326**. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em 23 set. 2017. Registre-se que o julgamento final foi considerado prejudicado diante da cassação do deputado pela Câmara após a decisão liminar.

morais (pessoais) superaram a Constituição. A ponderação foi utilizada claramente como *metanorma*, como retórica, ou seja, para justificar uma decisão já tomada discricionariamente.

Sem dúvida, também esse exemplo demonstra que não se recebeu o novo. O meio jurídico nacional vive momento delicado, com decisões que afastam a aplicação das normas, inclusive constitucionais, sob o argumento de aplicação de *metanormas* (proporcionalidade, dignidade da pessoa humana...), cujo conteúdo, ao que parece, é definido em cada caso e segundo a conveniência do intérprete.

4.3.3 O Princípio da Não Surpresa e a Unidade Processual

O artigo 9º do atual Código de Processo Civil prevê que o juiz não decidirá contra uma das partes sem a sua prévia oitiva⁴⁸⁵. Por sua vez, o artigo 10º vai além e prevê que, em qualquer grau de jurisdição, o juiz não decidirá, inclusive sobre matéria que possa conhecer de ofício, com base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar.⁴⁸⁶

Para muitos, foi criado e consagrado no texto legal o *princípio da não surpresa*. Na verdade, trata-se do desdobramento do princípio do contraditório, previsto expressamente na Constituição Federal, o qual, como regra, não era reconhecido em relação ao julgador. Este tacitamente entendia que a possibilidade de decisão de ofício afastaria a garantia do contraditório antes da decisão, o que era claramente incorreto.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

A norma está em consonância com as garantidas constitucionais do devido processo legal (CF 5º caput e LIV) e do contraditório (CF 5º LV) e não permite que o juiz ou tribunal decida qualquer questão dentro do processo, ainda que seja de ordem pública, sem que tenha sido dada às partes, previamente, oportunidade para manifestarem-se a respeito dela.⁴⁸⁷

De modo a ilustrar a aplicação da norma prevista no atual Código de Processo Civil, segue ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

⁴⁸⁵ Art. 9. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁸⁶ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ibid.

⁴⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 483-484. Livro eletrônico.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RECONHECIMENTO DE LITISPENDÊNCIA. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO EM RELAÇÃO AOS ORA APELANTES. NULIDADE DA DECISÃO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10 DO NOVO CPC. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. Na vigência do atual Código de Processo Civil é vedado ao juiz, em qualquer grau de jurisdição, decidir amparado em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, a fim de evitar ‘decisão-surpresa’. PRELIMINAR ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO PREJUDICADO.⁴⁸⁸

Portanto, mais uma vez, manifesta-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade” (Streck). Precisou vir uma norma infraconstitucional para que o texto constitucional expresso fosse aplicado.

Entretanto, mesmo diante de previsão constitucional (devido processo legal e contraditório) e infraconstitucional, os tribunais têm entendido que esta não se aplica ao processo penal. Ou seja, entende-se que o juiz do cível não pode surpreender a parte, mas o juiz criminal pode assim agir. Como exemplo, apresenta-se a seguinte ementa de julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. ILICITUDE DA PROVA. NULIDADE ABSOLUTA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRÉVIA OITIVA DAS PARTES. DESNECESSIDADE. ARTIGOS 10 E 933, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO PENAL. Tratando-se de ilicitude da prova, nulidade absoluta, como no caso, não se faz necessária a prévia oitiva das partes, podendo ser declarada de ofício pelo juízo criminal. No direito penal sobreleva o interesse público sobre o privado, asseguradas as garantidas constitucionais aos acusados. Ademais, não há qualquer surpresa às partes, pois a causa de invalidade já era existente e era ou devia ser delas conhecida. Inaplicabilidade dos artigos 10 e 933 do novo Código de Processo Civil ao processo penal. Embargos infringentes acolhidos. Por maioria.⁴⁸⁹

Veja que os fundamentos invocados são claramente retóricos. Não há como concordar que somente no processo penal exista interesse público. Ou nas demandas envolvendo questões de família, improbidade, meio ambiente, entre outras, não existe claro interesse público? Será que os julgadores entendem que, também nesses casos, não se aplicaria o Código de Processo Civil? Na verdade, o fundamento utilizado – existência de interesse

⁴⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70071773113** da Sétima Câmara Cível. Apelante: M.A.R.M. Apelado: A.M.L. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 31 de maio de 2017.

⁴⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70071980320**. Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Porto Alegre, 07 de abril de 2017.

público – é contraditório ao extremo, à medida que somente questões de relevante interesse público autorizam o julgador a agir de ofício.

Da mesma forma, como visto acima, sustenta-se que a própria existência do vício no processo afasta a aplicação da norma em questão, pois as partes *sabiam* ou *deveriam saber* da invalidade. Sem dúvida, esse argumento afastaria, em qualquer caso a ser decidido de ofício, a aplicação da norma, em especial porque as partes *deveriam saber* – presunção absoluta – da invalidade.

Fica claro que os julgadores decidiram de acordo com o que consideram que *deve ser* o Direito, e não com base no que ele *é*. Entendem que a norma não deveria existir, seja no processo penal, por envolver matéria de ordem pública, seja em qualquer processo, porque o vício estava nos autos e era ou deveria ser do conhecimento das partes. Não há, para eles, surpresa. Entretanto, a norma existe e possui sua gênese na Constituição Federal, devendo ser cumprida.

Ainda, deve-se registrar que o cumprimento da norma não traz qualquer prejuízo às partes. Pelo contrário, serviria para que elas contribuíssem com a decisão, trazendo elementos não considerados pelo julgador e evitando o alargamento da marcha processual com recursos desnecessários diante da observância da norma. Nesse sentido é a manifestação do Desembargador Rogério Gesta Leal, vencido no acórdão, cuja ementa foi acima citada.⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ Segue trecho do voto vencido do Desembargador Rogério Gesta Leal: “Reconheço, pois, existir debate inconcluso sobre essas questões: bons argumentos para ambos os lados. Pessoalmente tenho que normas gerais de processo têm que se comunicar, sim, quando – e fundamentalmente – dizem respeito a garantias constitucionais e infraconstitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o que, na espécie, a meu juízo, ocorre.

Ou seja, pelas disposições do art. 10, do Novo Código de Processo Civil, o Juiz não poderia decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenham dado às partes oportunidades de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deveria decidir de ofício. Esse é o nó górdio da questão.

Nulidades de caráter absoluto podem a qualquer tempo serem reconhecidas, sabemos, porque não provocam efeitos. Mas será que todas as nulidades absolutas já consolidadas no Sistema Processual Brasileiro e na jurisprudência pátria têm a mesma natureza, origem, consequências e efeitos?

Por exemplo, falemos da prescrição. Constatada a prescrição pelo magistrado, sem qualquer provocação das partes, matéria de natureza pública indisponível, ela tem de ser declarada, em qualquer grau de jurisdição. Isto é cediço. Todavia, e se o cômputo temporal de seu termo inicial ou final está equivocado, não poderiam as partes interessadas apontar isto? Mas se o magistrado resolveu declará-la e extinguir o feito, sem ouvir ninguém, somente pela via recursal este equívoco poderia ser sanado, provocando até lá efeitos deletérios ao Estado ou ao réu!

E a prova ilícita reconhecida por ato indevido praticado por autoridade policial, será que não admite algum tipo de contraditório ou reflexão dialética, em paridade de armas (sobre, por exemplo, a constituição ou não desta nulidade), antes da decisão judicial? Será que o reconhecimento de ofício por parte do Judiciário sobre esta matéria não caracterizaria decisão-surpresa, como querem evitar as disposições do art. 10, do Novo Código de Processo Civil? Parece-me que sim.

Foi o que ocorreu neste feito em sua quadra histórica de constituição, eis que trouxe surpresa significativa ao Ministério Público, porque ele não pôde discutir essa matéria, ou ao menos apresentar suas razões, em face do cotejo probatório que se deu na época dos fatos. Por conta disso, o processo teve o seu fim”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70071980320** do Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Porto Alegre, 07 de abril de 2017.

Não é preciso grande esforço para concluir que a regra, ora estampada expressamente no Código de Processo Civil, representa a expressão de normas constitucionais que constituem a identidade do *processo democrático* que se propõe. Portanto, são aplicáveis a todos os ramos processuais. É nesse sentido que a tese aponta para uma *unidade paradigmática do processo*. Essa unidade paradigmática fundamental se dá antes de eventual diferenciação decorrente do direito material. Ela não admite pensar o processo de forma diferente. Insiste-se: a *unidade fundamental* está nos paradigmas, e pode ser percebida não apenas no plano teórico, mas também no plano prático, orientando o compreender e o atuar do intérprete em relação ao processo, independentemente do direito material.

No caso, o paradigma constitucional, em especial o contraditório, que por constituir unidade fundamental deve sempre estar presente ao se tratar do processo, é desatendido quando o julgador, no plano prático, decide causando surpresa à parte, e pouco importa a matéria tratada (civil, pena, trabalhista...). Reitere-se que, na linha proposta, as transformações paradigmáticas podem ser consideradas a partir de diferentes espectros. Na presente pesquisa, elas são analisadas a partir dos espectros *filosóficos*, quando foi tratada a questão da linguagem que contemporaneamente se impõe ao intérprete; *constitucional (democrático)*, com a abordagem da limitação e legitimação da atividade interpretativa a partir da Constituição; e *de teoria do direito*, com o processo sendo pensado como objeto de uma teoria do direito (e não da política) e como direito material da parte.

4.4 A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Mas não é apenas nos tribunais que se pode analisar se os novos paradigmas (que devem orientar uma adequada concepção de processo e seu *manuseio*) foram ou não recebidos. Na legislação processual, também pode ser observada a evolução decorrente de seu recebimento – ou não. Aliás, são esses os textos com os quais os tribunais trabalham que, quanto mais claros e atualizados (elaborados de acordo com os novos paradigmas), possibilitam minorar o potencial de discricionariedade do intérprete.⁴⁹¹ Assim, imperativo que se analise o contexto da legislação processual brasileira.

⁴⁹¹ Nesse sentido, ensina Luigi Ferrajoli: “[...] tão maior é a discricionariedade judiciária quanto mais desvestida de limites é a discricionariedade legislativa. Somente a estrita legalidade assegurada pelos vínculos e garantias constitucionais, antes de toda a taxatividade das previsões legais, pode de fato garantir uma correta relação entre legislação e jurisdição, isto é entre política e administração da justiça, como fundamento de uma rígida *actio finium regundorum*. A legislação (e portanto a política) tanto mais será vinculante em relação à jurisdição, e por isso salvaguardará o primado do parlamento e da política, à medida que seja vinculada pela Constituição ao uso, em particular, de uma linguagem legal a mais rigorosa e unívoca possível. Por sua vez os juízes tanto mais estarão efetivamente sujeitos à lei, quanto mais a lei lhes circunscreva [...]”. FERRAJOLI,

4.4.1 O Estado da Arte do Processo Civil Brasileiro

No ano de 2015, foi apresentado à comunidade jurídica um novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), o qual entrou em vigor em março de 2016. O Código anterior datava de 1973 e, sem dúvida, encontrava-se defasado em vários aspectos.

Aqui, a análise do processo civil será realizada abordando as principais “novidades” trazidas pelo Código de Processo Civil e que interessam aos objetivos do presente trabalho.

4.4.1.1 As Inovações no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 apresentou inúmeras alterações na legislação vigente até então, embora muitas delas voltem-se apenas ao reconhecimento de condutas já adotadas pelo meio jurídico. Ainda, o caráter de *inovação* de muitas delas pode ser contestado diante do claro fundo constitucional. Ou seja, vigoravam desde 1988, embora não reconhecidas por muitos, fenômeno comum em tempos de “baixa constitucionalidade” (Streck).⁴⁹²

As alterações legislativas ocorridas no processo civil, para fins didáticos, podem ser divididas em duas espécies: *alteração no procedimento* e *alteração no processo*. A classificação proposta parte da ideia de que a nova legislação apresentou inovações – para o bem ou para o mal – que ora atingem e limitam-se ao processo civil (como novos prazos, novos requisitos da petição inicial etc.), ora atingem o processo em sua estrutura fundamental.

Para os fins do presente trabalho, interessam as inovações da segunda espécie, ou seja, as que dizem respeito ao *processo em sua unidade fundamental*. Em relação a este segundo grupo de inovações, destacam-se a supressão do *livre convencimento*, a exigência de *coerência e integridade* na decisão, bem como a orientação de respeito aos *precedentes*.

Tais inovações caminham – ainda que timidamente – no sentido de adequar o processo aos novos paradigmas filosóficos e constitucionais, que tratam a decisão judicial correta (adequada à Constituição) como um direito do indivíduo. Esta deve ser construída com a sua

Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 46.

⁴⁹² Em diversas oportunidades, Lenio Streck chama atenção para esse fenômeno, em que muitas vezes uma portaria do Ministério da Fazenda ou de outro órgão vale mais que a Constituição Federal. Sobre o tema: STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis. **Seqüência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014c. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/04.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017; STRECK, Lenio Luiz. As portarias, o mensalão e o fator Carminha. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-09/senso-incomum-portarias-mensalao-fator-carminha>>. Acesso em: 23 set. 2017.

participação, exigindo uma postura de responsabilidade política do juiz ao proferir uma decisão pautada e limitada pelo ordenamento jurídico democrático, em especial a Constituição Federal e demais normas com ela compatíveis.

Com efeito, na linha do exposto anteriormente, entende-se que as inovações na *unidade fundamental do processo* devem guiar o intérprete em sua atividade, alimentando a sua pré-compreensão. O intérprete do Direito, ao projetar-se sobre o texto, deverá atentar para esses *novos* elementos, que irão guiar a sua compreensão. E essa pré-compreensão, como condição de possibilidade para a compreensão, é a mesma em todos os ramos processuais.

Por ora, devem ser analisadas, ainda que sinteticamente, as inovações acima citadas.

4.4.1.2 Livre Convencimento

Um dos importantes temas enfrentados no Direito contemporâneo é o livre convencimento, previsto em alguns diplomas processuais atuais, sinalizando que o juiz, de forma livre, formará o seu convencimento (ainda que apresentando *justificativas*). Dessa forma, o juiz não encontra qualquer limite para formar o seu convencimento. Decide com base no que bem entender, bastando que externar os motivos. O livre convencimento, previsto no Código de Processo Civil anterior (1973), foi afastado no atual Código de Processo Civil (2015), não havendo previsão em seu texto.

Entretanto, para alguns doutrinadores, o Código de Processo Civil de 2015 não afastou o livre convencimento. Sustentam que a ausência de previsão da expressão “livremente” não significa que o princípio secular sucumbiu. Ao contrário do que afirmam aqueles que o combatem, salientam que o “princípio do livre convencimento motivado” foi concebido exatamente para enfrentar o sistema tarifário e do livre convencimento puro. Em outras palavras, concluem que este princípio foi criado exatamente para evitar a discricionariedade, aliando-se, portanto, ao espírito do Código de Processo Civil de 2015, não sendo afastado de sua redação. Assim, a afirmação do fim do livre convencimento partiria de uma premissa equivocada, ou seja, sobre a própria definição do livre convencimento.⁴⁹³

Por sua vez, aqueles que sustentam que o livre convencimento foi banido do processo afirmam que o novo Código de Processo Civil representa a superação dos resquícios do realismo fático, velho positivismo jurídico. Aduzem que as teses que defendem a permanência

⁴⁹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 23 set. 2017.

do livre convencimento têm por base diferentes paradigmas filosóficos, o que, ao invés de ajudar, cria mais confusão.⁴⁹⁴

Assim, afirmam que, mesmo que se admita que o livre convencimento motivado tenha sido criado com a intenção de contrapor o sistema legal e o livre convencimento puro, o fato é que a história demonstra que este não cumpriu o seu objetivo. Pelo contrário, teria servido de base para esconder a discricionariedade. A realidade diária demonstraria que, com base nesse livre convencimento motivado, os textos legais são desvirtuados e, pior, o intérprete sente-se autorizado a produzir o Direito. O livre convencimento permitiria que alguns julgadores – e doutrinadores – pensassem que *o direito é aquilo que os tribunais dizem que é*, o que, aliás, já foi manifestado por um Ministro do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁹⁵

A questão é mais complexa do que a apresentada pelos adeptos do livre convencimento, não podendo ser tratada como se a realidade jurídica fosse limitada aos três modelos propostos, afastando diversos elementos que não podem ser desconsiderados em uma democracia, como, por exemplo a necessidade de mecanismos para controle da decisão, do convencimento judicial.

Veja que Pontes de Miranda, décadas atrás, ao tratar do princípio da livre apreciação, já observava os riscos do livre convencimento e aduzia a necessidade de limitação da atividade judicial:

O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que

⁴⁹⁴ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁹⁵ O trecho de voto do Ministério Humberto Barros ilustra esta realidade: “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 amolda 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, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos embargos de divergência em resp nº 279.889 - Al (2001/0154059-3)**. Documento: 525558 - Esclarecimentos - Site certificado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2015.

abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou política, às suas tendências de clã ou clube [...].⁴⁹⁶

Nessa pesquisa, sustenta-se que o princípio do livre convencimento é incompatível com o sistema normativo do CPC 2015 – e, acrescenta-se, com a Constituição Federal de 1988 –, paradigma a partir do qual é atribuída a todos os envolvidos a responsabilidade na construção da decisão, na linha da defesa do contraditório pleno e da não surpresa. Assim, exige-se do juiz que atue com responsabilidade política (Dworkin), devendo resolver os conflitos conforme o Direito, não mais agindo como protagonista, proferindo decisões baseadas muitas vezes em convicções pessoais, ou melhor, sem compromisso com o Estado Democrático e de Direito.

Não há dúvida de que o livre convencimento – e os adjetivos *fundamentado* e/ou *motivado* que geralmente acompanham esta expressão e na maioria das vezes serviram de mera retórica – foi extirpado do processo. Na verdade, desde 1988 o livre convencimento era incompatível com o núcleo fundamental (paradigmático) que é pressuposto à concepção de *processo democrático*. No caso do novo diploma processual, a própria evolução do tema no Congresso Nacional demonstra que o livre convencimento foi expressamente afastado. Veja-se.

No Senado Federal, o artigo 355 possuía a seguinte redação: “Art. 355. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento. (texto aprovado no projeto original do Senado)”.⁴⁹⁷

Na Câmara dos Deputados, após forte trabalho de Lenio Streck e de outros autores, a expressão “livremente” foi expressamente suprimida, recebendo o dispositivo acima – além da mudança de numeração –, a seguinte redação (atual artigo 371 do Código de Processo Civil): “Art. 378. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.⁴⁹⁸

Fica muito claro que, com a supressão da expressão “livremente”, o legislador optou por limitar a atividade judicial, na linha do combate à discricionariedade. Mesmo assim,

⁴⁹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense; Brasília, DF: INL, 1973. t. 2, p. 380.

⁴⁹⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 166, de 2010**. Ementa: Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁴⁹⁸ BRASIL. **Substituto da Câmara dos Deputados ao projeto de lei 8.046-A, de 2010 do Senado Federal**. 2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 23 set. 2017.

muitos insistem em dizer que tal conclusão é equivocada. Entretanto, deve-se notar que a própria justificativa da supressão não permite tal entendimento. Veja:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. [...].⁴⁹⁹

Portanto, por mais que se insista em sentido contrário (Streck sempre ressaltou a dificuldade da doutrina em receber o “novo”), o fato é que se está diante de uma mudança paradigmática na decisão judicial. Na verdade, reitere-se, a mudança que torna injustificável o livre convencimento ocorreu em 1988, com a exigência de uma fundamentação jurídica incompatível com o livre convencimento – e não retórica, mas somente agora foi trazida à luz. A democracia não funciona de outra forma.

4.4.1.3 Coerência e Integridade

Outra inovação paradigmática apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 refere-se à previsão de que as decisões judiciais, como um todo, devem ser mantidas íntegras e coerentes. Trata-se do ingresso da “coerência” e da “integridade” como conceitos fundamentais ou estruturais do processo, especificamente nos artigos 926 e 927 do atual CPC.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵⁰⁰ Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Não há como tratar de “coerência” e “integridade” sem referir a Ronald Dworkin, que traz ao mundo jurídico esses dois elementos. Registre-se que seus aportes servem de importante base para os ensinamentos da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck. Assim, para que se compreenda o alcance da mudança, é importante que seja esclarecida a definição, na linha dworkiniana, de “Direito como integridade”.

Existem dois princípios de integridade política: um *legislativo*, referente ao anseio de tornar as leis um conjunto coerente, e um *jurisdicional*, caracterizado pela exigência de que as leis sejam vistas com um conjunto coerente.⁵⁰¹ Por sua vez, no “Direito como integridade”, afirma-se que as manifestações judiciais combinam elementos do passado e do futuro, como uma política em processo de desenvolvimento.⁵⁰²

Os juízes devem ter presente que os direitos e deveres foram criados por um único autor, a comunidade personificada, objetivando uma coerente concepção de justiça e equidade. As proposições jurídicas são verdadeiras se decorrem dos princípios de justiça, de equidade (que deve ser lida como equanimidade) e de devido processo legal, oferecendo a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. A decisão jurídica deve revelar se a prática jurídica, em sua melhor luz, aceitou a consequência pleiteada.⁵⁰³

O “Direito como integridade” é tanto produto da interpretação da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. Ele apresenta aos juízes um programa interpretativo que cobra a contínua interpretação do mesmo material já interpretado com sucesso, como continuidade.⁵⁰⁴ Deve-se ter cuidado para não se confundir a integridade com o convencionalismo ou pragmatismo.⁵⁰⁵

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 213.

⁵⁰² Ibid., p. 271.

⁵⁰³ Ibid., p. 271-272.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 273.

⁵⁰⁵ Dworkin esclarece a diferença: “O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas de interpretação; não pedem aos juízes encarregados da decisão de casos difíceis que façam novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui ao poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode

Sem dúvida, elemento importante do “Direito como integridade” é a história, compreendida como coerência com os princípios que inspiraram e justificaram as decisões coletivas tomadas no passado, e que vão, por sua vez, orientar o futuro.⁵⁰⁶ Nessa linha, Dworkin sustenta:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. [...]⁵⁰⁷

O autor ensina que um juiz que decide um caso complexo acrescenta algo à tradição. Esta servirá de base para a decisão dos futuros juízes. Nesse sentido, para melhor explicar este fenômeno, Dworkin desenvolve a ideia do “romance em cadeia”. Tal será escrito por um grupo de romancistas, em sequência. Cada um receberá o capítulo do anterior e, a partir dele, desenvolverá o seu, sem desconsiderar a história até então elaborada. Eles devem escrever o seu capítulo sem perder de vista a participação de todos na produção do romance.⁵⁰⁸ Por evidente, o romancista seguinte possui limitações.⁵⁰⁹

ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 272-273.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 273-274.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 274.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 276.

⁵⁰⁹ Ensina Motta: “É útil observar que, ao criar o capítulo seguinte, o romancista movimentava-se num espaço intermediário entre um mero tradutor (que reproduz o que já foi escrito) e alguém que dá início a um novo romance, sem qualquer relação com o que foi escrito até ali. É mais livre que o primeiro e mais limitado do que o segundo. Isso ilustra o fato de que se lida, aqui, com duas dimensões nesta tarefa, antes anunciadas: o ajuste e o valor. Em palavras bem simples, o romancista tem dois problemas a resolver. “Primeiro, para dar continuidade à narrativa, ele deve manter uma espécie de coerência formal com o que se escreveu até ali. Não pode, por exemplo, sem oferecer razões para tanto, mudar a língua em que o texto é vazado, o nome dos personagens ou o enredo. Segundo, ele deve enfrentar a questão de como desenvolver a história, mantidas as limitações anteriores. Deve responder, portanto, a uma pergunta substantiva: que desenvolvimento, dentre os muitos possíveis, tornaria o romance melhor?”. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. São Leopoldo. 2014. f. 116. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

As pessoas têm direito a uma extensão coerente das decisões políticas do passado, fundadas em princípios, mesmo quando os juízes diverjam sobre seu significado. Os cidadãos aceitam que fazem parte de uma comunidade de princípios, sendo que estes, como integridade, guiarão a evolução dos direitos.⁵¹⁰

Nessa trilha, pergunta-se: integridade é coerência? Caso entenda-se por coerência a simples repetição de decisões anteriores da maneira mais fiel possível (coerência em sentido estrito), então integridade não é coerência. A integridade requer que as normas sejam criadas – e as decisões proferidas –, partindo da ideia de um sistema único e coerente de justiça e equidade (compreendida como equanimidade). Assim, para manter esse ideal, muitas vezes será preciso afastar-se das decisões anteriores.⁵¹¹

Ou seja, a simples repetição de decisões anteriores não garante a existência de um sistema coerente de justiça e equidade (equanimidade). A coerência que se exige é em relação aos ideais de justiça e equidade (equanimidade), não simplesmente aos entendimentos passados. Por isso, tal coerência pode – e deve – levar a alteração de entendimentos.

Sendo mais simples, a coerência deve ocorrer na aplicação do *princípio base*, não na regra.⁵¹² Exemplificando, Dworkin lembra o caso da isenção de responsabilidade dos advogados por danos causados por sua negligência, o que fora aceito por muito tempo pelos juízes ingleses. A coerência, no sentido estrito, levaria à conclusão de que tal entendimento deveria ser mantido, respeitando as decisões até então proferidas. Entretanto, a integridade, como coerência de justiça e equidade (equanimidade), condena o tratamento desigual. Nessa linha, a Câmara dos Lordes alterou o seu entendimento, afastando a coerência em sentido estrito em homenagem à integridade.⁵¹³

Observa Dworkin que “a integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental”.⁵¹⁴ A manutenção de entendimento ou a sua alteração deve decorrer por razões de princípio, em obediência ao *princípio fundamental*.

⁵¹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. São Leopoldo. 2014. f. 117. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

⁵¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 264.

⁵¹² Ibid., p. 139.

⁵¹³ Ibid., p. 264.

⁵¹⁴ Ibid., p. 265.

Nesse cenário, Dworkin apresenta a importante divisão entre “argumentos de política” e “argumentos de princípios”. Os “argumentos de política” servem para justificar uma decisão que protege um objetivo coletivo da comunidade como um todo. Por sua vez, os “argumentos de princípios” servem para justificar uma decisão em que se garante um direito de um indivíduo ou grupo.⁵¹⁵ Os primeiros relacionam-se a um “objetivo” de proteção, por exemplo, o benefício a determinado ramo da indústria. Por sua vez, os segundos relacionam-se a um “direito” a ser protegido, como a igualdade. Para Dworkin, as decisões judiciais somente podem ter por fundamento “argumentos de princípio”, e não de “política”.⁵¹⁶

Essa conclusão afasta – ou coloca sob novo ângulo – a tese de que o juiz deve limitar-se a aplicar a lei, uma vez que não pode criar, por sua decisão, uma nova lei e aplicá-la retroativamente, punindo a parte sem que esta tenha violado qualquer dever então existente, mas, sim, um novo dever criado na decisão.⁵¹⁷ De fato, quando se utiliza de “argumento de política”, o juiz acaba por criar um novo regramento, por entender que é importante para proteger um objetivo coletivo. Entretanto, quando o julgador se utiliza de “argumento de princípio”, não se verifica inovação. Conforme ensina Dworkin, neste caso o dever preexiste ao fato, embora possa não estar explícito em nenhuma regra legal.⁵¹⁸ O dever decorre do princípio já consagrado e não é criado pela decisão judicial.

Em síntese, a integridade e a coerência exigem que o juiz interprete no sentido de considerar o material com que trabalha (Constituição, Leis, precedentes, fatos...) como “um conjunto harmônico que deve expressar um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade”.⁵¹⁹

4.4.1.4 Precedentes

A doutrina dos precedentes é característica do sistema da *commow law*. Em apertada síntese, nesse sistema, os julgadores utilizam-se de princípios estabelecidos em julgamentos anteriores para decidir novos casos com fatos e questões legais semelhantes. Cabe à corte analisar se o precedente aplica-se ou não ao novo caso. Trata-se de importante instrumento,

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

⁵¹⁶ Ibid., p. 132.

⁵¹⁷ Ibid., p. 132.

⁵¹⁸ Ibid., p. 134.

⁵¹⁹ BRUM Guilherme Valle. **Réquiem para o livre convencimento motivado**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182421645/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado>>. Acesso em: 23 set. 2017.

inclusive para casos envolvendo questões constitucionais. Essa tendência chama-se *stare decisis*.⁵²⁰

No sistema jurídico anglo-americano, o precedente pode ser *vinculativo*, também conhecido como obrigatório ou controlador, ou *persuasivo*. No primeiro, *vinculativo*, como o próprio nome sugere, a aplicação do precedente é obrigatória, incluindo aquelas decisões da Suprema Corte, vinculantes para todo o país, e de cortes superiores, vinculantes para a mesma jurisdição. Por sua vez, os precedentes *persuasivos* não possuem obrigatoriedade, mas a boa prática jurídica recomenda que eles sejam considerados. A força da persuasão dependerá de vários fatores, como a proeminência da corte, a consideração do juiz, a solidez dos argumentos, entre outros.⁵²¹

A aplicação ou não dos precedentes, bem como os seus limites, deve ser decidida pela corte. Em relação aos limites e à vinculação dos precedentes, grandes discussões são travadas para decidir se a declaração deve ser considerada *holding* (fatos, motivação e decisão que geram vinculação) ou *dictum* (declarações que superam a questão legal ou os fatos apresentados e que, portanto, não podem gerar vinculação).⁵²²

Por muitos entendido como uma arte, o sistema do *stare decisis*, às vezes, é considerado como limitador da atividade judicial discricionária. Por outros é visto como viabilizador de grande liberdade aos juízes à medida que são eles que decidem o alcance da *holding* de casos anteriores. Diversas razões são apresentadas em defesa do *stare decisis*. Primeiro, a “previsibilidade” na aplicação do Direito. Segundo, a “justiça” fundamental, uma vez que casos parecidos são decididos de forma semelhante. Terceiro, a “eficiência judicial”, pois várias questões já foram enfrentadas no caso anterior. Além disso, as partes são desencorajadas a trazer casos “já decididos”. Quarto, a “integridade do sistema judicial”, na medida em o tratamento similar decorrente dos precedentes faz com que as partes tenham maior confiança no sistema jurídico, diante da estabilidade e previsibilidade, além de estimular a confiança no Estado de Direito e em suas instituições. Quinto, a “decisão judicial conscienciosa”, sob o fundamento de que os juízes atuam com maior cuidado quando sabem que as decisões de hoje serão os precedentes de amanhã.⁵²³

A grande questão é saber quando um precedente é vinculante. Para tanto, importantes fatores devem ser considerados. Primeiro, deve-se verificar a semelhança da “questão legal”

⁵²⁰ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 67.

⁵²¹ Ibid., p. 68-69.

⁵²² Ibid., p. 69.

⁵²³ Ibid., p. 77-78.

enfrentada. Da mesma forma, deve-se analisar a “relação entre as cortes” e a consequente vinculação referente à sua eventual prevalência. Ainda, devem-se analisar os “fatos” que geram vinculação, sendo que apenas os fatos relevantes para o resultado produzem tal efeito.⁵²⁴ Por fim, deve-se ter cuidado em relação aos pronunciamentos considerados *dicta*, ou seja, que vão além dos fatos ou questões legais apresentadas pelas partes e que não podem gerar vinculação (uma vez que não foram objeto de profunda análise e debate).⁵²⁵ Essa é a realidade do precedente norte-americano.

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 926, prevê, além da obrigação de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência dos tribunais, que, ao “editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” (§2º) Ainda, o §5º do artigo 928 determina que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

Portanto, o processo brasileiro passa a dar importância para o precedente, de modo institucionalizado (como redação no CPC). Mas será que foi adotado o sistema de precedentes como conhecido nos países da *commow law*?

Sem dúvida, o que mais se aproxima do sistema de precedentes do *stare decisis* no Brasil são as súmulas vinculantes. Elas são emitidas pelo Supremo Tribunal Federal por voto de dois terços de seus membros, tornando-se obrigatórias aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Objetivam solucionar grandes controvérsias constitucionais que acarretam insegurança jurídica e multiplicação de processos.⁵²⁶ Mas se afastam dos precedentes na medida em que partem do abstrato para tentar abarcar o concreto.

⁵²⁴ Em nota de rodapé do revisor técnico: “Existe uma tendência de que a própria corte responsável pelo julgado vinculante anterior opte, em um segundo caso semelhante, por melhor desenhar o julgado, de maneira que agregue outros fundamentos e implicações que acabam, via de regra, restringindo o alcance efetivo do julgado anterior, ou seja, os precedentes são fixados de maneira ampla e abrangente, para assegurar à corte uma boa dose de liberdade na decisão dos casos futuros. Essa tendência tem sido criticada por parte da doutrina norte-americana – corrente dita minimalista –, a qual sustenta que o precedente deve ser restrito, sem a ambição de regular casos futuros de forma abrangente”. FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 82.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 79-82.

⁵²⁶ Prevê a Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Então, em relação ao sistema de precedentes analisado, nos moldes do direito americano, fica claro que, no Brasil, foi reconhecida a importância do precedente como forma de estabilizar o Direito. Mas não vai além.⁵²⁷

Lenio Streck critica parcela da doutrina que considera que o Código de Processo Civil atual inaugurou, no Brasil, um “sistema de precedentes”, criando uma espécie de forma híbrida entre *commow law* e *civil law*. Streck adverte que sequer se pode falar em um novo “sistema”, à medida que isto exigiria uma nova teoria do ordenamento jurídico como um todo (que passou longe do Código de Processo Civil), salientando que outros provimentos também são vinculantes, como o enunciado de súmula. Para Streck, o que existe no Brasil é a previsão de uma “jurisprudência vinculante”, não equiparável ao genuíno precedente do *commow law*. Ensina que este é gerador de complexidade, ao passo que a vinculação brasileira tenta reduzir a complexidade da litigiosidade repetitiva com a solução abstrata de casos. Ainda, Streck expõe sua preocupação sobre o uso que será – ou é – feito dos precedentes em *terrae brasilis*, destacando que, na *commow law*, o precedente não se sobrepõe à legislação. O afastamento da “centralidade legislativa do horizonte decisório”, o qual se verifica quando o ponto de partida e de chegada da decisão passa a ser o judiciário com a criação de seus “provimentos vinculantes”, muitas vezes usurpa a competência legislativa e demonstra o desapareço pela legislação e pode conduzir ao desapareço à própria Constituição Federal.⁵²⁸

Em outros textos, Lenio Streck também combate a afirmação de que, no Brasil, existe um “sistema de precedentes” na linha da *commow law*. Quanto ao modo como se pretende tratar o precedente, o autor observa que nem mesmo na *commow law* esse sistema trata do julgamento de teses como se pretende no Brasil, mas de causas, casos concretos.⁵²⁹ Fica claro que o sistema adotado no Brasil longe está da *commow law*. Entretanto, é inegável o reconhecimento pelo legislador da importância dos precedentes para a atividade judicial, com

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

⁵²⁷ Sobre o tema: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isso – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc_>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Ver: STRECK, Lenio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar_>. Acesso em: 04 abr. 2017. Inaugura uma quadriologia de textos sobre o tema.

a pretensão de produzir estabilidade no Direito, o que dificilmente ocorrerá diante da forma como é tratado pelo judiciário brasileiro (p. ex., como tese abstrata criada para o futuro e muitas vezes contrária à legislação).⁵³⁰

4.4.2 O Estado da Arte do Processo Penal Brasileiro

O processo penal brasileiro, assim como na maioria dos países⁵³¹, sempre foi avesso a mudança, diferentemente do que ocorre no processo civil. Sem dúvida, a dificuldade em buscar o novo também se deve – e muito – ao fato de a maior clientela do direito processual penal ser a população de baixa renda.

Por evidente, quando se refere à resistência a mudanças, não se está tratando do direito penal, que se expande a cada dia como panaceia para todos os males. O processo de expansão do direito penal é fomentado pela mídia e abraçado pelo discurso político simbólico, fazendo a população fechar os olhos para as reais causas da criminalidade. Este tema é tratado de forma completa por André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth.⁵³²

⁵³⁰ Em livro ainda no prelo (**Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015), Lenio Streck dialoga com vários autores que sustentam que o atual Código de Processo Civil inaugurou no Brasil um sistema de precedentes na linha da *commow law*. No livro, Streck desconstrói a ideia precedentalista das *Cortes de Vértice*, segundo a qual os precedentes à brasileira seriam criados pelos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), muitas vezes de forma abstrata, para abarcar situações futuras, os quais deveriam ser aplicados, como se regra fossem, pelos juízes inferiores. A interpretação ocorreria somente pelos tribunais superiores, cabendo aos juízes inferiores apenas aplicá-los. Ou seja, o Direito será o que os tribunais superiores dizem que é. Uma espécie de realismo jurídico nos tribunais superiores e abaixo deles um juiz-boca-dos-precedentes ou das teses. Streck demonstra que os precedentes na *commow law* não são construídos para casos futuros, muito menos a partir de teses. É o caso concreto, as minúcias do fato, que definem o precedente, exatamente o que o *precedentalismo à brasileira* quer afastar com as teses abstratas, generalistas e aplicáveis ao futuro, sem interpretação. Os precedentes à brasileira trabalhariam a partir de dois paradigmas superados. Os tribunais superiores vinculados ao paradigma da filosofia da consciência (metafísica moderna) criando a tese conforme a sua vontade, e os demais juízes presos ao paradigma objetivista (metafísica clássica) assujeitados pela tese que devem aplicar sem interpretar. Não percebem que aplicação e interpretação são incidíveis. A única autoridade que importa no processo interpretativo é da tradição, e não do indivíduo que realiza a interpretação. Lembra o autor que “*a norma é a norma no caso, de modo que diante dos casos futuros ela também será texto* (e este é o segredo!), e portanto, novamente será interpretada”. Streck considera que os defensores dessas ideias buscam, a partir de uma teoria política, um rearranjo institucional, o que não pode ser feito pelo direito que deve vigorar uma teoria do direito.

⁵³¹ Sobre esse diferente desenvolvimento, conforme já tratado anteriormente, Carnelutti observa: “No es verdad que, en el fondo, comparado con el del proceso penal, es el ambiente mismo del proceso civil el que da una impresión de superioridad? Escrituras cuidadosas, discusiones reposadas y, sobre todo, por lo menos aparentemente, personas exquisitas; el proceso penal, en cambio, inquieto, bullicioso, turbulento, hasta sucio, es un poco *la corte de los milagros* en el palacio de justicia. En una palabra, el reino de los andrajosos. Por la otra, si no el de los ricos, por lo menos el de los acomodados. ¿Qué ha de extrañar, pues, si al gobierno de éste, y no al de aquél, aspiran los mejores técnicos y a su estudio los más prometedores científicos? CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960. p. 18.

⁵³² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livreria do Advogado, 2010.

E é nesse cenário de expansão do direito penal que o processo penal resiste a receber o novo (que, no caso brasileiro, já é velho, pois aqui nesta ideia está pressuposto o respeito à Constituição), muitas vezes negando o reconhecimento de direitos e garantias processuais constitucionalmente previstos.

Para demonstrar, basta que se comparem as inovações apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015, tratadas acima, com o atual Código de Processo Penal e com o projeto do futuro código.

No que se refere à liberdade do julgador, foi verificado que o Código de Processo Civil de 2015 afastou o livre convencimento. Ou seja, o juiz não mais pode decidir livremente, fundamentando fora das previsões constitucionais-legislativas (isto é, para além de fundamentos jurídicos). Por sua vez, no processo penal, a situação é diferente. Veja que o Código de Processo Penal atual, em sua redação original, previa: “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Em 2008, através da Lei 11.690, passou a apresentar a seguinte redação, ainda em vigor:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁵³³

Por sua vez, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, reafirmando a previsão do livre convencimento, assim dispõe:

Art. 166. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.

[...]

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.⁵³⁴

Portanto, no processo penal, caminha-se para a manutenção do livre convencimento. No que se refere à “coerência”, à “integridade” e ao “respeito aos precedentes”, constante do

⁵³³ BRASIL. **Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵³⁴ BRASIL. **Projeto de lei 8045/2010**. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Código de Processo Civil de 2015, não existe qualquer referência no Código de Processo Penal ou mesmo no projeto.⁵³⁵

Verifica-se que, em uma leitura superficial, há duas concepções de processo e, por consequência, dois tipos de juízes. De acordo com a redação dos dispositivos legais, o juiz “do processo penal” continua formando o seu convencimento de forma livre, sem obrigação de respeito à coerência, à integridade ou atenção aos precedentes. Nessa linha, como visto anteriormente, também a ele não se aplicaria o princípio da não surpresa. Este é um dos pontos cruciais do presente trabalho.

A questão que se coloca é: em um Estado Democrático de Direito, pode haver dois processos com estruturas fundamentais (paradigmáticas) diferentes? Ou, pelo contrário, o processo, em sua *unidade fundamental*, é único, como também é única a jurisdição?

No processo penal fica claro que ainda não se superou o paradigma da filosofia da consciência. Como visto, o projeto do novo Código de Processo Penal mantém, por exemplo, o livre convencimento do magistrado. Veja-se que, conforme demonstrado anteriormente, essa previsão também constava do projeto do atual Código de Processo Civil, tendo sido combatida (entre outros por Lenio Streck) e, por fim, removida do texto.

Pode-se dizer que há dois problemas. Primeiro, o livre convencimento será compatível com os paradigmas atuais? Segundo, seria possível pensar de forma diferente o processo, dependendo do direito material tratado? Ou seja, seria possível compreender que as alterações do Código de Processo Civil de 2015 aplicam-se somente ao processo civil? Além da vedação ao livre convencimento, previsões como a obrigação de respeitar a “coerência e a integridade”, a recomendação de respeito aos “precedentes”, o “princípio da não surpresa” (que nada mais é do que um desdobramento do princípio constitucional do contraditório), entre outras alterações significativas no processo, aplicar-se-iam apenas ao processo civil? Adotando-se este conceito, o juiz, no processo penal ou em outro ramo que não civil, não se encontra obrigado a respeitar tais normas.

A resposta para as perguntas acima deve ser negativa. Nesse sentido, Adolfo Alvarado Velloso destaca o paradoxo que existe em muitos países – e o Brasil pode ou não ser um exemplo - onde o mesmo juiz atua na área cível e também na penal. Na primeira, pode atuar de ofício, enquanto na segunda, consagrado o sistema acusatório, lhe é vedado assim agir. Ora

⁵³⁵ Existe apenas a “possibilidade” de decisão imediata caso o pedido esteja em confronto ou na linha de súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais (art. 506 do Projeto do CPP), o que já ocorria devido à aplicação analógica do art. 557 do CPC de 1973. Entretanto, nada obsta que o julgador decida seguir caminho contrário.

se ordena que busque a verdade, sob pena de castigo; ora ele é proibido de fazê-lo, sob pena nulidade. Sem dúvida, afirma o autor, trata-se de algo esquizofrênico.⁵³⁶

Em outra oportunidade, já foi apresentada a tese da *unidade fundamental* do processo. É ela que serve para *pensar* o processo. Não existe um processo para cada direito material. A compreensão ocorre de forma única. Assim, conclui-se que o julgador possui a obrigação de respeitar o *processo constitucional democrático*, único em todas as áreas do direito material. Somente assim será viabilizada a resposta adequada, na linha defendida por Lenio Streck e de sua Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse fio, não se pode pensar o processo, em seus elementos fundamentais decorrentes da tradição, de forma compartimentada. As alterações em seu núcleo paradigmático afetam a própria unidade e aplicam-se a todo o processo, independente do direito material de fundo.

Veja-se que o pensamento contrário concebe o processo apenas em relação à aplicação do direito, considerada de forma independente da compreensão e da interpretação. Assim, reitere-se que boa parte da doutrina ainda é refém do que Gadamer definiu como “problema hermenêutico da aplicação”, em que se distinguia uma *subtilitas intelligendi*, a compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, acrescentando-se, posteriormente à *subtilitas applicandi*, a aplicação. Cada uma considerada de forma independente das demais. Mas o romantismo reconheceu a unidade interna de *intelligere* e *explicare*, à medida que compreender é interpretar. Esta é a explicitação da compreensão. Nesse momento, a aplicação foi expulsa do contexto da hermenêutica. A compreensão histórica e teológica da Sagrada Escritura parecia distante das pregações de aplicação do texto.⁵³⁷

Mas Gadamer superou tal limitação, ensinando que, na compreensão, sempre ocorre uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Portanto, deve-se considerar como um processo unitário a compreensão, a interpretação e a aplicação, tudo isso elementar ao processo hermenêutico.⁵³⁸ Para compreender um texto adequadamente, de acordo com suas pretensões, deve-se compreendê-lo de forma nova a cada situação concreta, a cada instante. Ou seja, compreender é aplicar.⁵³⁹ Somente aplicando compreende-se de

⁵³⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 22.

⁵³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 406.

⁵³⁸ Ibid., p. 407.

⁵³⁹ Ibid., p. 408.

forma adequada. O conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação ao caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário.⁵⁴⁰

Portanto, o processo, pensado como condição de possibilidade para toda a compreensão (independente do direito material), povoado com todos os seus elementos constitucionais e democráticos que se sobrepõem ao desejo do intérprete, faz parte do processo hermenêutico, condicionando a compreensão. Não é um instrumento à disposição do intérprete, que serve apenas para aplicar o compreendido e interpretado, embora a realidade demonstre que, por muitos assim, é considerado.

Insiste-se que se faz necessário, através da conexão da ideia de processo com os aportes filosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito, pensar o processo, em sua *unidade fundamental*, como condição de possibilidade para uma resposta adequada constitucionalmente. O processo – constitucional democrático – deve ser considerado como um dos elementos fundamentais da pré-compreensão do jurista, condição de possibilidade para a interpretação. E este processo, cujo conteúdo é uniforme em todas as áreas do direito (e não está à disposição do intérprete), é um pré-conceito legítimo, que deve ser considerado para que se obtenha uma resposta constitucionalmente adequada. Caso o intérprete não se dê conta deste pré-conceito, ou não o aceite, decidindo sem considerá-lo, a resposta judicial será marcada pela arbitrariedade.

Do *processo democrático* decorre a conclusão de que o livre convencimento é incompatível com os paradigmas atuais, independentemente da área ou da previsão legal em sentido contrário. Da mesma forma, a obrigação de respeito à coerência e à integridade decorrem do *processo democrático*, que prevê a responsabilidade política do juiz e seu dever constitucional de fundamentação. Portanto, são previsões exigíveis em todo e qualquer processo judicial.

4.5 CONCLUSÃO PARCIAL

O terceiro capítulo procurou, em um primeiro momento, apresentar uma singela pergunta, tendo por base os capítulos anteriores: a *entrega* efetuada pela tradição foi devidamente recebida? Ou seja, o intérprete do Direito recebeu e trabalha a partir dos paradigmas filosóficos, constitucionais e processuais atuais, os quais devem legitimamente guiar a sua compreensão?

⁵⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 409.

Para responder ao questionamento proposto, foi necessário apresentar, com mais detalhes, o *lugar de fala* da presente reflexão, ou seja, explicitar a teoria de base com que se trabalha. Para tanto, foram tratadas as principais características e os elementos da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck.

A partir dela foi possível refletir e responder à pergunta formulada. A doutrina e os tribunais ainda trabalham, majoritariamente, com o processo pensado a partir de paradigmas ultrapassados, entendido, em síntese, como um instrumento à disposição do magistrado (sem se dar conta – ou expressamente negando – que atualmente se vive sob a égide de novos paradigmas).

Os exemplos selecionados demonstram claramente que a linguagem pública e a intersubjetividade são em grande medida desconsideradas. O intérprete atribui ao texto sentido privado, ou seja, aquele que decorre de seu entendimento pessoal.

Da mesma forma, restou demonstrado que o caráter democrático do processo é colocado de lado, com decisões judiciais que usurpam a competência do Parlamento, muitas vezes ao ponto de criar judicialmente o Direito. Como se não bastasse, o conteúdo da Constituição também é desconsiderado, com decisões nitidamente subjetivistas, muitas vezes justificadas somente por critérios de maioria (tendências majoritárias momentâneas), e não por princípios (isto é, não por um padrão normativo). Decisões desse tipo desrespeitam a legislação expressa. Como consequência, o próprio procedimento é arbitrariamente superado por propósitos pessoais e/ou políticos.

Por fim, após analisar a realidade brasileira, foi possível perceber que o processo, eventualmente, caminha – embora a passos lentos – para receber alguns elementos adequados aos novos paradigmas. Como exemplo, pode-se verificar que o atual Código de Processo Civil afastou o livre convencimento e determinou o respeito à coerência e à integridade do direito.

Entende-se que, diante *da unidade paradigmática do processo*, as *inovações* tratadas, que, em realidade, representam a consagração da nova ordem constitucional, devem ser aplicadas a todos os ramos processuais. Entretanto, o atual Código de Processo Penal e o projeto do novo Código nada tratam sobre os temas. Pelo contrário, o livre convencimento é referido expressamente no atual código processual penal e até mesmo no projeto, como se fosse possível ter-se dois processos em relação a um mesmo tema: fundamentação das decisões judiciais, assunto que é caro ao texto constitucional brasileiro. O juiz civil, sem livre convencimento, com dever de obediência à coerência e à integridade; o juiz penal, sem

qualquer uma dessas limitações. Sem dúvida, trata-se de circunstância preocupante que merece atenção do jurista.

Portanto, a análise do atual cenário do processo nos tribunais e na legislação nacional, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, permite concluir que, como regra geral, o *novo* não foi devidamente recebido. Os paradigmas que deveriam estar na pré-compreensão do intérprete e orientar sua compreensão não são devidamente considerados e, muitas vezes, são ignorados.

Mas por que isso ocorre? E como se pode modificar essa situação? Para responder a essas perguntas, resta identificar o “ovo de serpente” (Streck), ou seja, qual o problema fundamental que explica a situação do Direito processual contemporâneo na linha ora criticada, bem como, diante do problema, estudar e apresentar uma sugestão que contribua para a superação do atual estado da arte. Esses são os objetivos do próximo capítulo.

5 O “OVO DA SERPENTE” E O “NOVO” PROCESSO COMO EXISTENCIAL

Mas qual o motivo do afastamento dos paradigmas? Por que o intérprete não consegue “receber o novo”? Qual o caminho para enfrentar essa situação? Como pensar o processo? São algumas das perguntas e propostas que se pretende trabalhar neste derradeiro capítulo.

5.1 O “OVO DE SERPENTE”⁵⁴¹ DENUNCIADO POR LENIO STRECK: o não recebimento da superação do esquema sujeito-objeto e a prevalência da filosofia da consciência

A forma como o processo é compreendido no Brasil demonstra que os paradigmas entregues pela tradição não foram recebidos pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, não influenciando para a construção e operacionalização do seu sentido na democracia. Como regra, trabalha-se com paradigmas ultrapassados, em especial, o paradigma sujeito-objeto.

Diante da ausência de uma adequada compreensão do processo (em um sentido paradigmático), sua *operacionalização* (aplicação) *stricto sensu* acaba prejudicando o acontecer do que se passou a chamar nesta tese de *processo democrático*. Verifica-se que a interpretação judicial, como regra, ocorre sem o filtro da distância temporal: o intérprete trabalha com legislações antigas a partir de paradigmas superados. Ele se transporta para o passado e desconsidera a transformação paradigmática ocorrida tanto na Filosofia como no Direito. Cita textos do século passado sem considerar a distância temporal, sem compreender que deve olhar o passado a partir de sua “situação hermenêutica” atual. Assim, continua buscando essências, aprisionando sentidos (súmulas...) ou determinando privativamente os sentidos. Não se sente constrangido pela linguagem pública. Não se dá conta de que a linguagem privada morreu.

Ainda que de forma não exaustiva, importante analisar criticamente os paradigmas que foram superados, embora muitas vezes ainda continuem atuando no imaginário dos juristas.

5.1.1 As Posturas Objetivistas e o Homem Assujeitado pelo Objeto: o aprisionamento do sentido

O paradigma filosófico que ficou conhecido como metafísica clássica já foi aprofundado no primeiro capítulo, inclusive com visita a algumas escolas que o adotaram.

⁵⁴¹ Expressão utilizada de forma recorrente por Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 407) para referir ao problema fundamental na interpretação do direito.

Como demonstrado naquela parte da tese, isso foi superado (pela concepção de linguagem pública, no que concerne a este texto). Por vezes Lenio Streck adverte que quando apresenta sua crítica ao positivismo não está fazendo referência ao positivismo primitivo, primevo ou legalista, de fundamento objetivista. Streck lembra que hoje não é mais preciso dizer que “o juiz não é a boca da lei”.⁵⁴² Entretanto, o paradigma objetivista ainda hoje povoa a mente dos juristas, em especial na crença da *completude do sistema jurídico*, como se a lei fosse capaz de conter todas suas hipóteses de aplicação, dispensando o componente hermenêutico que faz parte do processo aplicativo do Direito.

O primeiro passo para desconstituir este imaginário é perceber que texto e norma não são a mesma coisa⁵⁴³. São diferentes, mas nem por isso podem existir de forma separada, como será visto oportunamente. O texto, ao contrário do que entendem os adeptos da filosofia clássica objetivista, não traz em si o seu sentido; sua construção dependerá de vários fatores que devem ser considerados pelo intérprete.

Não é possível que o profissional do Direito fique amarrado, proibido de interpretar (dentro dos devidos limites), ainda mais considerando a constante evolução da sociedade, que coloca cotidianamente novas discussões no cenário jurídico (e, assim, deixa o intérprete imerso na tensão entre o texto posto e a atualização de seu sentido).⁵⁴⁴ Streck lembra que “é

⁵⁴² STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória/ES**, Vitória, n. 7. p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

⁵⁴³ Registre-se que, originalmente, a ideia de diferença entre texto e norma é de Friedrich Müller. O autor observa que o texto é apenas um dado de entrada para o surgimento da norma, a qual não existe antes do caso concreto. Este é constitutivo para norma jurídica. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 11-13.

⁵⁴⁴ A crítica apresentada acima deve ser compreendida como fazendo referência à aplicação mecânica do texto legal (ou do conceito), como se o sentido estivesse nele contido, proveniente da vontade do legislador ou do erudito. Entretanto, não se pode desprezar os limites semânticos da legislação, em especial da Constituição Federal brasileira, que agrega a maioria dos anseios da sociedade. A observância de tais limites nada tem de objetivismo (no sentido criticado). Pelo contrário, é a partir dele – do texto – que se busca a norma; ela surge nos limites do texto. Texto e norma não são a mesma coisa, mas um não existe sem o outro. E a diferença ontológica. Com precisão, Streck ensina: “[...] Na era do Constitucionalismo Contemporâneo, sustentar a importância dos limites semânticos da Constituição e, em consequência, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição constitui, sim, um efetivo avanço no plano hermenêutico. Não se trata, por óbvio, de um retorno a qualquer postura exegetista operante no passado”. (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 112). Portanto, quando se critica as posturas objetivistas, não se pretende ir no caminho completamente oposto, desconsiderando completamente o texto. O texto guia o intérprete e fixa os limites da atividade interpretativa. Em artigo com o título *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Streck enfrenta o incorreto entendimento do tema: “[...] não devemos confundir ‘alhos’ com ‘bugalhos’. Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto – e aqui me permito invocar a ‘literalidade’ do art. 212 do CPP –, estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir

uma expectativa própria deste tempo histórico que decisões tomadas no passado possam antecipar consequências futuras. Antecipar, no caso, decisões futuras”. Registra, ainda, que outros interesses motivaram a adoção do paradigma da objetividade, ressaltando que o sistema que o adotava também apresentava efeitos sociais e econômicos importantes. Em relação a esses, cita a garantia da previsão das decisões judiciais e, portanto, a segurança jurídica nas relações econômicas. Quanto àqueles, refere-se à garantia de que os interesses das classes dominantes fossem preservados.⁵⁴⁵ Em síntese, muitas vezes a adoção desse paradigma serve ao poder.

Além disso, a história revela que a postura objetivista serviu para muitas atrocidades. Não se pode esquecer que o nazismo adotava uma aparente postura objetivista, no sentido da obediência à lei. Entretanto, e aqui é evidente a ambiguidade, o objetivismo apenas servia para mascarar o subjetivismo, a vontade do Führer, contida na lei, e que devia ser obedecida em seus exatos limites, sem contestação.

Veja que essa ambiguidade historicamente encontra-se presente na escola da exegese, analisada anteriormente. Marcelo Mazotti sintetiza que, na escola da exegese, “a proteção da *mens legislatoris* resulta no primado da submissão do intérprete aos ditames classistas dos parlamentares, os quais, dotados da soberania popular, acreditam ser os únicos aptos a dizer o Direito”. E conclui que o método exegético acabou por mostrar-se como meio de “manutenção do *status quo*, a partir da mentalidade conservadora de manter o sistema jurídico totalmente atrelado ao Parlamento e inibindo qualquer ato criativo de entes externos à política legislativa”.⁵⁴⁶ Lembre-se que, quando da Revolução Francesa, os juízes do Antigo Regime ainda estavam nos tribunais. Assim, era necessário controlá-los, o que ocorria com a vinculação de sua atividade com a observância estrita da legislação.

da revolução copernicana que atravessou depois do segundo pós-guerra). Repito: ‘cumprir a letra [sic] da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. [...]” STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 23 set. 2017). Na mesma linha, Streck adverte que “não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta ‘superação’ da literalidade do texto legal”. (STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória/ES**, Vitória, n. 7. p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016). Assim, se por um lado não se pode aceitar a postura que trata o aplicador do Direito como uma máquina, limitando sua atividade à mera aplicação do texto legal, por outro lado não se pode admitir que as críticas ao objetivismo sirvam de pretexto para desobrigá-lo de observar o texto legal-constitucional.

⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a. p. 108.

⁵⁴⁶ MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Minha Editora, 2010. p. 59.

No direito brasileiro contemporâneo, Lenio Streck lembra que as súmulas vinculantes representam uma repristinação da *Jurisprudência dos Conceitos*, ligada, como visto, ao paradigma da objetividade, na medida em que, guardadas as diferenças específicas, são uma espécie de “pandecta”, ou seja, conceitos que pretendem abarcar todas as hipóteses de aplicação futura.⁵⁴⁷

5.1.2 As Posturas Subjetivistas e o Homem Assujeitando o Objeto: o assenhoramento do sentido pelo intérprete

Como visto, o paradigma objetivista da filosofia clássica foi superado. Por outro lado, o caminho subjetivista, baseado no paradigma da filosofia da consciência, representa grave risco ao Estado Democrático de Direito, na medida em que dá ao intérprete plena liberdade para atribuir sentido ao texto, inclusive para fazê-lo sem qualquer base nele.

No Brasil, a situação é grave quando se visualiza o que é produzido doutrinariamente sobre a interpretação jurídica, assim como em relação às posturas dos aplicadores. Baseando-se em teorias estrangeiras mal recepcionadas, proliferam entendimentos subjetivistas, que transferem ao julgador o poder de atuar com discricionariedade, conferindo o sentido que bem entendem ao texto e, muitas vezes, decidindo contra o próprio texto legal-constitucional. Sobre o tema, Streck escreve:

Venho analisando essa problemática do solipsismo judicial desde há muito. Minha preocupação tem sido com o livre convencimento e/ou livre apreciação da prova vigorante tanto no processo civil como no processo penal, com variações e determinações das mais diferentes. Mas, mais do que isso, devemos ficar atentos ao uso indiscriminado e acríptico de

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Súmula não vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/lenio-streck-sumula-nao-vinculante-500-supremo-inconstitucional-ilegal>>. Acesso em: 30 set. 2017. Streck explica com profundidade a questão: “O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. Explicando melhor: as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com *conceitos sem as coisas* (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos). Com efeito, da maneira como são compreendidas as súmulas vinculantes no interior do pensamento dogmático do direito, estas se colocam como sucedâneos dos *conceitos universais* próprios da metafísica clássica-essencialista, com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos, variações do esquema sujeito-objeto. É certo que as súmulas não são respostas aos casos passados e, sim, uma pretensão de abarcamento de todas as futuras hipóteses de aplicação de determinada norma jurídica. As súmulas transformam a linguagem em um *simples veículo de conceitos*. São, assim, anti-hermenêuticas, porque não interrogam a origem dos significados, isto é, pelo procedimento sumular, usam-se as palavras – transformadas em verbetes – sem antes interrogá-las em sua relação com as coisas de que as palavras devem tratar”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 423.

teorias/posturas ‘importadas’ de forma inadequada, como a teoria da argumentação jurídica alexiana. Esse uso acrítico tem representado um crescimento nas decisões arbitrárias. Na verdade, sob o manto da discricionariedade, pratica-se arbitrariedade interpretativa.⁵⁴⁸

Para “fundamentar” a decisão baseada na subjetividade, o intérprete recorre ao uso de metanormas⁵⁴⁹, que, como será visto logo mais, significam o que o intérprete quer que signifiquem (muitas vezes, no mesmo caso, servem para condenar e absolver). Em realidade, escondem a ausência de efetiva fundamentação, sendo uma “justificativa” para a discricionariedade do intérprete, para o “ativismo judicial”.⁵⁵⁰ “Dignidade da pessoa humana” e “proporcionalidade” (e sua ponderação) são exemplos de metanormas. Quem decide o que significa “dignidade da pessoa humana”? Quem escolhe os princípios que devem ser ponderados? Resposta para ambas as perguntas: quem decide ou “escolhe” é o subjetivismo do intérprete.

No que interessa para fins do presente trabalho, Streck, após analisar a importância dos princípios, cita Alexy e critica a sua “ponderação” carregada de subjetivismo, aduzindo:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffmann, não escapa do paradigma da filosofia da consciência.⁵⁵¹

Portanto, a “ponderação” seria uma volta à “delegação positivista” (Streck)⁵⁵², à discricionariedade, na medida em que a escolha do princípio (sem falar em seu conteúdo)

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 9, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 191.

⁵⁴⁹ Humberto Ávila refere a “metanormas” ou “normas de segundo grau”, que seriam aquelas que estruturam a aplicação de outras normas, citando como exemplo a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição de excesso (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137-138). Entretanto, e esse é o problema, a definição do conteúdo desses *padrões interpretativos*, embora isso possa não ser o desejo dos autores que sustentam sua existência, fica a critério do juízo subjetivo do intérprete.

⁵⁵⁰ Não confundir “ativismo” com “judicialização”. Esta é contingencial, sendo que decorre de circunstâncias conjecturais que aumentam a busca pelo Judiciário. Por sua vez, o ativismo é patológico; é comportamental; ele deve ser visto como anormal e decorrente de condutas de julgadores que ultrapassam os limites de seu papel como integrantes do Poder Judiciário. Nesse sentido: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27-36.

⁵⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

⁵⁵² Insiste-se mais uma vez que o positivismo combatido e aqui citado é o *normativista*, que acaba apostando na subjetividade do intérprete, como em Kelsen. Remete-se ao primeiro capítulo, onde o tema é trabalho com mais profundidade.

ficará a critério do intérprete. Adalberto Hommerding afirma que a invocação de “ponderação” ou “postulados normativos” revelam a aposta em “escolhas subjetivas”, fruto da filosofia da consciência, na medida em que será o intérprete que, no mínimo, escolherá o princípio aplicável.⁵⁵³

Após estabelecer os fundamentos básicos da teoria de Alexy, Francisco José Borges Motta adverte que a teoria, aplicada como proposta no Brasil, leva a um grande risco, qual seja, o do retorno ao sistema positivista – normativista – e sua aposta, ao final, no subjetivismo.⁵⁵⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil garante como direito fundamental do cidadão a “fundamentação/motivação” das decisões judiciais. No Brasil, a cada dia, avolumam-se as decisões que possuem como fundamentação/motivação elementos cujos sentidos são construídos pelo intérprete, como interpretações pessoais e metanormas, em um verdadeiro “decido” – por qualquer motivo – e depois “fundamento” – de forma retórica –, o que representa evidente violação ao direito à fundamentação da decisão judicial.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diversas decisões são fundamentadas em metanormas, em especial com a aplicação dos chamados princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana⁵⁵⁵, inclusive contra conteúdo expresso de texto legal. Pergunta-se, no entanto: o que é “dignidade da pessoa humana”? Responde-se mais uma vez: se a resposta estiver amparada no paradigma da filosofia da consciência, será aquilo que o intérprete entender que é. Até mesmo para o Ministro Luís Roberto Barroso, que, como será visto, pratica o ativismo judicial, a expressão “dignidade da pessoa humana” é “uma locução tão vaga, tão metafísica que, embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica [...]”.⁵⁵⁶ Com isso, acaba servindo para qualquer decisão.

Tal conclusão seria compatível com o Estado Democrático de e de Direito? Em âmbito nacional a situação não é diferente, conforme demonstrado anteriormente com a relativização do princípio da presunção de inocência e com a decisão quanto à perda do mandato parlamentar, ambas sustentadas por fundamentos não jurídicos, com forte conteúdo subjetivo.

Em um Estado Democrático de Direito é inadmissível que existam decisões que afastam a aplicação das normas legais-constitucionais sob argumentos de política ou moral, ou mesmo com a

⁵⁵³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Invalidades processuais**: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura. Santa Rosa: Coli Gráfica e Editora, 2009. p. 83.

⁵⁵⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

⁵⁵⁵ Vide: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração nº 70056228216** da Quinta Câmara Criminal. Relator: Francesco Conti, Porto Alegre, 18 de setembro de 2013.

⁵⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 298.

aplicação de “falsos fundamentos”, como as metanormas (proporcionalidade, dignidade da pessoa humana etc.), cujo conteúdo é definido em cada caso e segundo a conveniência do intérprete.

Sem dúvida, o grande problema contemporâneo é a sombra da filosofia da consciência (o homem assujeitando a coisa) que permeia o meio jurídico, no âmbito da produção de teorias interpretativas, o que fica visível quando se considera, como apontado, o ativismo judicial e a utilização das chamadas metanormas. O intérprete agindo como dono do sentido do texto.

Em relação ao processo, o intérprete, muitas vezes, desconsidera que existe uma *unidade fundamental*, decorrente dos paradigmas entregues pela tradição, a qual deve limitar o seu agir. Ele desconsidera o processo democrático de Direito em sua *unidade fundamental*. Ele atua como se o processo lhe pertencesse, o que somente se justifica a partir de paradigmas superados.

A partir da unidade fundamental do processo democrático de Direito não é possível pensar o processo como instrumento à disposição do intérprete. A imposição de uma linguagem pública com sentidos forjados em um mundo compartilhado, a exigência de respeito à legislação legitimamente criada e a compreensão do processo como direito da parte, decorrem dos paradigmas contemporâneos e elementos (filosóficos, constitucionais e de teoria do direito) que se impõem ao intérprete e servem de barreira contra a ideia de um processo que *pertence* ao intérprete/julgador.

5.1.2.1 O Ativismo Judicial na Visão de Lenio Streck

Lenio Streck denuncia há muito tempo que grande parte dos problemas do Direito encontra-se na não recepção, pela doutrina e pelos tribunais, da superação do esquema sujeito-objeto. Conforme demonstrado no primeiro capítulo, diante da invasão da filosofia pela linguagem e do reconhecimento da intersubjetividade instauradora de sentidos, não é mais possível pensar em um sujeito que é *assujeitado* (objetificado) pela coisa (que traria em si o seu sentido; paradigma objetivista), bem como em um sujeito que *assujeita* a coisa (e é o senhor dos sentidos – paradigma da filosofia da consciência). Sem dúvida, atualmente é esse sujeito assujeitador que mais preocupa (embora por vezes se retome a também censurável tentativa objetivista de estabelecer sentidos *a priori*, com textos que trariam em si todos os sentidos possíveis, como ocorre, por exemplo, no caso das súmulas⁵⁵⁷).

⁵⁵⁷ Streck constata, com precisão, uma espécie de círculo vicioso no tema. Quando interessa ao “*establishment*” dogmático, defende-se a filosofia da consciência. Quando não se consegue controlar o “estado de natureza hermenêutica” criado, recorre-se ao “mito do dado”, em que a coisa aprisiona e antecipa os sentidos com respostas “*a priori*”, ou seja, antes das perguntas. STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 120.

Lenio Streck trata deste tema em diversas obras, das quais se destaca o livro *O que é isto – decido conforme minha consciência?* base das reflexões neste ponto. A prática judicial revela que ainda permanece no meio jurídico a aposta no individualismo do sujeito. O sujeito insiste em construir o seu objeto de conhecimento, com base no seu entendimento e na sua experiência pessoal. Desconsidera-se o predomínio da linguagem pública, instrumentalizando-a.⁵⁵⁸ Insiste-se em desconsiderar a superação do esquema sujeito-objeto, o afastamento da filosofia da consciência.

Veja que muitas vezes essa situação sequer é admitida pelos juristas, mas é facilmente percebida em suas manifestações, com o uso de expressões que revelam a presença de subjetivismo, tais como: “meu entendimento pessoal”, “minha consciência”⁵⁵⁹ ou a famosa expressão “o direito é o que os tribunais dizem que é”.

Streck observa uma tendência brasileira de aposta no protagonismo judicial para concretizar direitos⁵⁶⁰, com decisões que não observam o ordenamento jurídico. Para o jurista, essa aposta decorre de uma equivocada recepção das ideias da escola alemã da Jurisprudência dos Valores (explorada anteriormente). Na Alemanha, no segundo pós-guerra, a Jurisprudência dos Valores buscava criar condições para legitimar a carta política imposta pelos aliados, recorrendo a critérios fora da legalidade. Os valores abririam a interpretação. Entretanto, a realidade brasileira é diferente. Sequer a “legalidade burguesa” é seguida em muitos casos, e a grande luta deve ser pelo fortalecimento da legalidade constitucional.⁵⁶¹ Lamentavelmente esse é apenas mais um dos recebimentos equivocados de teorias estrangeiras.⁵⁶²

A concretização dos direitos não pode ser deslocada da sociedade e dos demais poderes para o Judiciário.⁵⁶³ A separação das funções entre os poderes é uma das vigas

⁵⁵⁸ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 20.

⁵⁶⁰ É importante observar que o ativismo judicial também se presta para o caminho inverso da “concretização de direitos”. O Judiciário pode agir, ativamente, impedindo mudanças importantes em favor da sociedade necessitada. Lembre-se da situação dos Estados Unidos, quando, na chamada Era de Lochner (primeiras décadas do século XX), a Suprema Corte bloqueou sistematicamente a edição de leis trabalhistas que procuravam regular a atividade privada e, como regra, proteger o bem-estar dos trabalhadores, a exemplo da limitação da jornada de trabalho. É o ativismo às avessas de que fala Lenio Streck e que será visto logo mais. Sobre a Era de Lochner e seu legado: WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2>>. Acesso em: 14 maio 2017.

⁵⁶¹ STRECK, op. cit., p. 20-21.

⁵⁶² Ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-50.

⁵⁶³ STRECK, op. cit., p. 22.

mestras do Estado Democrático. E o desrespeito a tal separação conduz, muitas vezes, apenas à alteração de juízo subjetivo, passando do legislador – devidamente legitimado – para o juiz.

É nesse sentido que Lenio Streck combate o ativismo,⁵⁶⁴ o qual, adverte, possui suas raízes no solipsismo dos juízes da Suprema Corte Americana. Nessa linha, observa que nos Estados Unidos a discussão em relação ao “governo dos juízes” remonta a mais de duzentos anos. Em um primeiro momento, foi feito “às avessas”, como, por exemplo, com a decisão da Corte Suprema em relação ao *New Deal*, que barrou as políticas intervencionistas do Governo Roosevelt. Essa decisão foi baseada muito mais em uma maioria estabelecida do que por um ideal ativista constitucional.⁵⁶⁵ Ou seja, a decisão “ativista” representou a soma das posições pessoais dos julgadores, e não o resultado do anseio pela concretização dos direitos. Esse é um importante elemento a ser considerado.

Diante dessa constatação histórica, não há como negar que o ativismo possui em sua origem o solipsismo. A democracia passa a depender das posições individuais dos julgadores.⁵⁶⁶ E quando isso ocorre, não se pode falar em democracia, porque ela pressupõe igualdade (não a prevalência da opinião de uns sobre a dos outros, que é o que ocorre diante de uma decisão judicial solipsista).

Streck destaca que, ao se falar em ativismo (decisionismo, discricionariedade), existem dois tipos de discursos do paradigma da subjetividade. Primeiro, a manifestação que explicitamente entende que o ato de julgar é um ato de vontade (Kelsen), ou cujo resultado demonstra que a interpretação foi solipsista. No segundo grupo, encontram-se as decisões que buscam a justificação na lógica argumentativa, mas que, no final, acabam sendo manifestações de discricionariedade.⁵⁶⁷ Veja-se que, como regra, essas últimas posições não

⁵⁶⁴ Marcelo Casseb Continentino afirma que teria sido Arthur Schlesinger o primeiro a utilizar o termo “ativismo judicial”, em artigo publicado em 1947, quando distinguiu os juízes em “ativistas” (*activists*) e “passivistas”. Os primeiros colocariam em suas decisões as próprias ideias de bem comum. Os segundos preservariam a conformação com o legislador. Lembra Continentino que ao longo da história americana o termo ativismo foi empregado em vários sentidos. *Primeiro*, quando da anulação de um ato normativo de constitucionalidade defensável, quando a corte deveria democraticamente respeitar o legislador. *Segundo*, para implicar a vedação a criação judicial do direito, a pretexto de interpretá-lo, com desrespeito aos limites de suas atribuições e a separação dos poderes. *Terceiro*, quando do desvio da metodologia de interpretação aceita. *Quarto*, para significar o julgamento orientado pelo resultado. *Quinto*, quando ocorre o desrespeito aos precedentes judiciais, que implica não aplicar o direito e julgar de acordo com sua conveniência e subjetividade. Um órgão não democrático substituindo o legislador. Conclui o autor que o ativismo, em qualquer sentido, surge no contexto histórico americano com uma conotação negativa, remetendo para uma indevida atuação da Suprema Corte CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2017.

⁵⁶⁵ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22-23.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 23-24.

defendem solipsismo, mas, em algum momento, no desenvolvimento de sua teoria, a decisão acaba por ser confiada ao entendimento pessoal do indivíduo. E muitos não se dão conta ou, o que é pior, insistem em não admitir tal circunstância.

Marco Félix Jobim, em obra na qual apresenta as fases metodológicas do processo brasileiro⁵⁶⁸, destaca que qualquer teoria deve considerar a situação da aplicação do Direito naquela realidade. No caso do Brasil, lembra Jobim do decisionismo. Afirma:

[...] O processo legislativo precisa ser respeitado. Decidir conforme a sua consciência é estar a um passo de modificação, a bel-prazer, da lei, o que não pode e não deve ser feito pela consciência de um homem só. Então, em qualquer teoria que não leve em conta como as coisas realmente estão acontecendo no Poder Judiciário, por mais interessante que seja, é uma teoria fadada à incompletude do que ela realmente deseja modificar. A fase metodológica que pretende sobreviver hoje nos estudos processuais deve unir a teoria e a prática. Qualquer fase que não esteja mirando em tal assertiva deve ser repensada para que se torne mais útil naquilo que ela pretende ser.⁵⁶⁹

Não faltam exemplos para demonstrar que a subjetividade encontra-se presente no imaginário dos julgadores, alguns já tratados nessa pesquisa. Mas é oportuno registrar outros exemplos trazidos por Lenio Streck.⁵⁷⁰

Lembra o jurista que, em discurso de posse de juízes estaduais, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, afirmou que o processo é um instrumento à disposição do juiz, e que a justiça emana exclusivamente da consciência do julgador, sem

⁵⁶⁸ Refere Jobim que para autores como Daniel Mitidiero existem quatro fases metodológicas: praxismo/sincretismo, processualismo, instrumentalismo e o formalismo-valorativo. Para outros, como Ada Pellegrini, existem apenas três grandes fases: praxista (ou sincretista), processualista (ou conceitualista) e instrumentalista. Outras escolas também falam em uma quarta fase que seria neoprocessualista (Escola Norte Nordeste) ou neoinstitucionalista (Escola de Minas Gerais). No praxismo não haveria divisão entre direito material e direito processual. No processualismo a relação processual ganha autonomia, com criação de vários conceitos. O instrumentalismo ocorre quando o processo ganha contornos sociais, políticos e jurídicos, que seriam seus objetivos. Por sua vez, o formalismo-valorativo coloca o processo no centro da teoria geral. O processo é fenômeno cultural com fim último de realizar justiça material em observância aos direitos fundamentais. O neoprocessualismo foi pensado por Fredie Didier Jr. e também defende uma visão processual que considera a Constituição. Por fim, o neoinstitucionalismo parte da ideia procedimentalista de Habermas (JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 111-130). Ao criticar o instrumentalismo, Jobim apresenta consideração importante para o presente trabalho: “[...] A crítica é fundamentada por Guilherme Rizzo Amaral, ao explicar que o processo continua preso à técnica quando o juiz vira refém do escopo social, ou seja, dos valores elencados pela sociedade, crítica esta que poderia, da mesma forma, ser alargada ao escopo político. Assim, a crítica faz com que o instrumentalismo esvazie o próprio escopo processual de valores, pois concede, ao alargar o campo para outros dois escopos – social e político – força igual ou maior para estes, o que denota um enfraquecimento da própria acepção do que vem a ser processo e da jurisdição, concedendo um amplo poder discricionário a cada juiz que poderá julgar, no mais das vezes, conforme entendimento que ele próprio tem de determinado fato social, trazendo insegurança ao jurisdicionado e, conseqüentemente, ao Estado Constitucional”. Ibid., p. 124.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 132-133.

⁵⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24-27.

apego à letra da lei. No mesmo sentido, Streck observa que o Superior Tribunal de Justiça, por seu Ministro Humberto Gomes de Barros, afirmou expressamente que, para ele, não interessava o que pensavam os doutrinadores, pois com a autoridade de sua jurisdição (como se fosse sua, e não do Estado) decidia conforme sua consciência. Registrou o Ministro que decide assim porque pensa assim. Cabe à doutrina se “amoldar” ao que pensa o tribunal. E concluiu afirmando que “ninguém nos dá lições”.⁵⁷¹

Será mesmo que o processo está à disposição do juiz para fazer com ele o que bem entender? Será mesmo que o que interessa é o entendimento pessoal – o que “pensam” – dos integrantes de um tribunal, e que muitas vezes se confronta com o ordenamento jurídico? Será mesmo que não cabe à *doutrina doutrinar*, fornecendo “lições” que subsidiem as decisões judiciais (aliás, o que ocorre na maioria dos países)?

Streck lembra que o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em decisão de *Habeas Corpus*, manifestou que o magistrado pode valorar as provas de acordo com sua consciência. Em outro julgamento do mesmo Tribunal, registrou-se que o juiz criminal fica vinculado à sua própria consciência. Ainda, Streck cita decisão na qual se reconheceu ao juiz o poder de, “diante de sua consciência”, determinar ou não a realização de nova perícia, ainda que aparentemente idônea a primeira. Streck percebe algo em comum nestes julgados: a subordinação do julgador apenas ao “tribunal da razão”. E conclui com muita propriedade: “[...] o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador”.⁵⁷²

⁵⁷¹ Observe-se trecho do voto do Ministério Humberto Barros: “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 amolda 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, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos embargos de divergência em resp nº 279.889 - AI (2001/0154059-3)**. Documento: 525558 - ESCLARECIMENTOS - Site certificado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2015.

⁵⁷² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

Mas será que, como questiona Streck, cada decisão parte de um grau zero de sentido? Entende-se que não. Existe, como já demonstrado, um mundo compartilhado e que deve ser observado.

Lenio Streck registra, por exemplo, que o sistema inquisitivo é ligado ao paradigma da subjetividade, em que o sujeito é o senhor dos sentidos. Ele assujeita o processo, as provas, e tudo mais, com provas de ofício, livre convencimento etc. E adverte:

Fica claro que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada ao nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual.⁵⁷³

Portanto, a filosofia da consciência é revelada no processo penal pelos resquícios do sistema inquisitivo, com o juiz gestor da prova e participante ativo da relação. No processo civil, é o protagonismo do juiz que a esconde.⁵⁷⁴

Na verdade, mudam-se os termos, mas o conteúdo permanece o mesmo: a presença de discricionariedade. Inquisitivo, protagonismo, subjetivismo, discricionariedade, ativismo, são todos expressões da filosofia da consciência. Não se compreende que antes do intérprete há um “existencial”, que é condição de possibilidade da própria compreensão e que deve conformar a atividade processual. Esse existencial é o *processo democrático*.

Ao analisar o projeto do novo Código de Processo Penal, Lenio Streck, após destacar circunstâncias que colocam o direito processual brasileiro à frente de países como Itália, Portugal, Espanha e Alemanha (como o prazo de prisão provisória que lá pode atingir até três anos), observa que o Código de Processo Penal brasileiro possui um vício estruturante, uma vez que ainda refém de um sistema autoritário, mantendo, entre outras características, o “livre convencimento”. Adverte que, quando o sistema inquisitivo e a discricionariedade do sujeito solipsista da modernidade se encontram, tem-se um direito processual penal autoritário, apesar de uma Constituição democrática.⁵⁷⁵

⁵⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano, 46, n. 183, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁵⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

⁵⁷⁵ STRECK, op. cit.

Há muito tempo Streck luta contra o protagonismo judicial. Entende que não se pode “apostar” na “boa escolha” do julgador.⁵⁷⁶ O ordenamento jurídico, a história institucional e os preconceitos legítimos decorrentes da tradição compartilhada não podem ser desprezados. Eles fazem parte desse mundo onde o intérprete encontra-se imerso.

Observa Streck que a doutrina acaba por orientar uma interpretação que coloca a consciência e a convicção pessoal como norteadoras do intérprete. Essa situação ocorre de maneira direta, quando se afirma que a interpretação é “um ato de vontade do juiz”, “fruto da subjetividade judicial”, quando se verifica a crença na ponderação de “valores” e na discricionariedade para solução dos casos difíceis.⁵⁷⁷ A democracia não pode depender do que “alguém” (juiz, promotor...) ⁵⁷⁸ deseja.

Não se pode substituir uma racionalidade estruturante (pré-compreensão) por uma racionalidade instrumental, lógico-argumentativa. A cisão entre esses dois níveis autorizaria uma justificativa discricionária para a decisão judicial, sem que se percebesse o nível *profundo* da compreensão, que se pauta pelo paradigma da intersubjetividade (do compartilhamento de sentidos entre sujeitos no mundo, que fazem parte de certo contexto). Streck demonstra a importância da hermenêutica para uma compreensão adequada e obrigatoriamente vinculada à faticidade:

Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico*, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico*. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que foi mostrado pelo discurso (logos) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (logos) hermenêutico. Portanto, para a hermenêutica, não faz sentido procurar determinar, de maneira abstrata, o sentido das palavras e dos conceitos, como fazem as posturas analíticas de cariz semântico, mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende – o ser humano – para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral.⁵⁷⁹

Lembra Streck que esse problema no processo vem de longe. Oscar Bülow já apresentava o juiz como porta-voz do povo e portador de poderes além da lei⁵⁸⁰. Lembre-se que, conforme já demonstrado, Bülow foi um dos idealizadores da “socialização do

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 41.

processo”, que possui o seu centro na figura do juiz protagonista, com máxima liberdade para criar e aplicar o direito⁵⁸¹, inclusive para compensar as desigualdades sociais.⁵⁸²

Da mesma forma, a aposta no solipsismo também pode ser historicamente percebida em autores como Couture, que afirmava que o dilema da justiça é o problema da valoração do juiz e da seleção – ou escolha – entre normas aplicáveis⁵⁸³ e Liebman, para quem o juiz era livre como intérprete da lei, limitado pela necessária motivação.⁵⁸⁴ No Brasil, essa aposta pode ser percebida em autores como Cândido Rangel Dinamarco, fundador da corrente da Instrumentalidade do Processo, o qual observa que “é preciso reconhecer que o momento da decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo”.⁵⁸⁵

Observa Streck que em outros setores também existe essa aposta no protagonismo judicial. É o caso do sociólogo Boaventura de Sousa Santos, o qual defende uma maior “autonomia” do juiz no processo penal, para, por exemplo, deferir ou não a produção de provas requeridas pelas partes.⁵⁸⁶

É importante registrar que o que se combate é a aplicação do entendimento pessoal do intérprete, sua valoração subjetiva, sua vontade. Falar em aberturas, liberdade, conduz à falsa ideia de que este pode agir com base em seu entendimento pessoal, o que não é verdadeiro.

O ativismo, com o significado impugnado, consiste na velha tentativa de corrigir moralmente o Direito. O indivíduo deseja que aquilo que ele pensa moralmente como certo tenha o valor de lei. Isso faz parte do sentimento do homem que, muitas vezes, ficará

⁵⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁵⁸² Observe-se que na legislação brasileira são comuns os casos de indeterminações conceituais. O afastamento do papel das partes e o reforço dos poderes dos juízes, representados pela passagem do liberalismo processual para a socialização do processo, leva a uma consequência inevitável, qual seja, a última – e única – palavra fica com o intérprete, em especial, com o juiz.

⁵⁸³ Nas palavras do autor: “[...] Es natural que esa elección se halla siempre iluminada por un propósito de justicia, es decir, constituye un acto de valoración. El juez, aplica La ley aplicable; pero el saber cuál es la ley aplicable configura un acto de selección entre las diversas normas eventualmente aplicables. Además, la apreciación de la prueba es una operación de orden crítico que supone una actitud de valoración jurídica, que también queda librada al magistrado”. (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1948. t. 1, p. 75.) Em outra obra, Couture afirma que não se pode realizar uma interpretação “sem uma enorme parcela de vontade e de subjetismo”, salientando os diversos fatores que se encontram por trás da atividade interpretativa (filosóficos, políticos, etc.). E conclui que “Todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei”. COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1956. p. 21-23.

⁵⁸⁴ Nesse sentido: “Acquisito alla causa Il materiale probatorio, Il giudice deve valutarlo liberamente ‘secundo il suo prudente apprezzamento’ (art. 116) [...]”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973. v. 1, p. 83.

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 347.

⁵⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

frustrado, pois a sua moral privada pode não corresponder à moral pública consagrada no processo legislativo.

O problema ocorre quando esse mesmo desejo existe no juiz, que possui a tarefa de decidir. Quando o julgador não consegue separar o público do privado, o seu entendimento pessoal sobre o que é ou não certo passa a ser considerado como se fosse o Direito, muitas vezes indo de encontro ao que prevê a legislação em vigor.

Nesse sentido, conclui-se que o juiz não pode decidir questões jurídicas com julgamentos morais, pois isso reflete sua moral privada. A moral do juiz não representa a moral da sociedade. A moral pública é filtrada pelas forças políticas e transformada em Direito. Não pode o juiz, partindo de sua moral privada, pretender corrigir a moral da sociedade.

Por evidente, não se está afirmando que não existem problemas nesse processo legislativo de transformação da moral pública em Direito. Pelo contrário, da mesma forma que na decisão judicial também nessa fase deve haver uma racionalidade.⁵⁸⁷ Entretanto, esses problemas jamais poderão servir de justificativa para que o juiz despreze esse processo, que é refletido no Direito, optando por substituir a moral pública pela sua moral privada.

Nada justifica que as conquistas civilizatórias de democracia e direitos fundamentais estejam à disposição de decisões do sistema de justiça (do juiz, do promotor, delegado etc.). Como bem colocado por Streck, a Constituição não pode ser “emendada” pelo aplicador: isso demanda um processo legislativo democrático.⁵⁸⁸

Toda e qualquer decisão deve se dar a partir do “comprometimento com algo que se antecipa”. Na decisão judicial, essa antecipação possui como conteúdo aquilo que “a comunidade política constrói como direito”. É o “sentido do direito projetado pela comunidade política” que deve guiar a interpretação.⁵⁸⁹ É a pré-compreensão, com seus mais variados conteúdos decorrentes do mundo compartilhado em que se vive, inclusive constitucional, que deve guiar a decisão como processo compreensivo.

Por fim, Streck adverte que o combate à discricionariedade não implica apenas colocar-se a favor ou contra a possibilidade de o juiz atribuir sentidos e fazer escolhas. É,

⁵⁸⁷ Ver: HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 108.

além disso, uma questão de defesa da democracia, relacionada à produção democrática das normas e às condições de possibilidade da decisão judicial.⁵⁹⁰ Adverte o autor:

É preciso ter claro que, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar – em razão das contingências históricas – com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (o problema da validade, pois), problemática que até então era ‘cindida’ pela ‘ciência do direito’: de um lado, o direito, sem preocupações com a ‘razão prática’, e, de outro, o território no qual a penetração do direito não tinha ‘conotação valorativa’.⁵⁹¹

Importante referir que a legalidade não é um problema. Como ensina Streck, ao contrário dos tempos de positivismo exegético e normativista, é somente no pós-Segunda Guerra que surgiu o sentido de Constituição normativa, base da legalidade e da democracia. Passa-se de um “legalismo rasteiro” para a exigência de uma legalidade que somente se constitui com o cumprimento da Constituição. Trata-se de uma “legalidade constitucional”.⁵⁹² Discutir os limites da decisão judicial é uma questão de democracia. Interpretar é dar sentido, é fundir horizontes, o que deve ocorrer sempre guiado pela Constituição.⁵⁹³

Nesse tema, destacam-se os princípios constitucionais, que devem orientar e limitar a atividade do intérprete. É equivocado pensar que eles sejam sucedâneos dos princípios gerais do direito. Aqueles decorrem de uma revolução paradigmática no Direito.⁵⁹⁴ Ao contrário dos princípios gerais, que serviam para solucionar lacunas e obscuridade na legislação, sendo aplicados subsidiariamente, os princípios constitucionais são deônticos⁵⁹⁵, devendo obrigatoriamente guiar toda a atividade interpretativa.

Entretanto, a realidade preocupa. Já na introdução de sua obra, Tassinari observa com preocupação que a teoria do direito brasileira assimilou quase instantaneamente o perfil ativista do Judiciário como sendo algo inerente a ele.⁵⁹⁶ Afirma:

Isso quer dizer que se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é apresentada como pressuposta, considerada uma ‘solução’ para os problemas sociais ou ‘uma etapa necessária e indispensável’ para o cumprimento do texto constitucional. Manifestações

⁵⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 57.

⁵⁹¹ Ibid., p. 60.

⁵⁹² Ibid., p. 89.

⁵⁹³ Ibid., p. 95.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 100-101.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 96.

⁵⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19-20.

como estas demonstram exatamente a dramaticidade do problema a ser enfrentado.⁵⁹⁷

Mas é claro que tal característica não faz parte da jurisdição, a qual, como visto, legitima-se justamente com a observância da Constituição e do *processo democrático*. O ativismo representa um vício que macula o processo democrático e deve ser extirpado. Nessa linha, ao tratar do controle de constitucionalidade, Tassinari observa que ele somente será legítimo caso concretize a Constituição. Caso o controle parta da consciência do intérprete, tem-se um desvirtuamento do texto constitucional, cuja função é controlar o pacto democrático.⁵⁹⁸

Por todos os lados, o ativismo é um problema que atinge as bases democráticas, desequilibrando a distribuição de poderes e atribuições, com grande potencial para causar malefícios à sociedade.

5.1.2.2 O Ativismo e a Proibição de Interpretar

Não se deve confundir o ativismo com a proibição de interpretar. Na verdade, deve-se registrar que muitas das controvérsias sobre ativismo judicial decorrem da ausência de acordo quanto à própria definição do termo. Ou seja, ativismo é conceituado de forma diferente, o que conduz a conflitos em realidade inexistentes.

Para alguns, o ativismo significa uma atividade positiva do juiz ao superar a ausência de regra e consagrar os direitos previstos na Constituição Federal. Para esses, o excesso de ativismo é criticado. Para outros, e essa é a definição com que se trabalha nesta pesquisa, o ativismo é caracterizado como a atividade arbitrária do juiz, que desconsidera o ordenamento jurídico, criando novo Direito ou não respeitando o Direito. Esse seria o *excesso* de ativismo tratado pela primeira corrente. Interessante notar, então, que ambas não concordam com a atividade arbitrária do juiz, quer nomine de *excesso de ativismo* ou simplesmente *ativismo*.

Nesse sentido, Lenio Streck ensina que existe uma incompreensão quanto ao termo *ativismo judicial*, salientando que este termo não se aplica quando o Judiciário age para fazer cumprir a Constituição. O ativismo somente existe quando o órgão julgador extrapola os limites da ordem constitucional, para o bem ou para o mal.⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 34.

⁵⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

Também nesse sentido é o importante esclarecimento de Adolfo Alvarado Velloso:

Una aclaración más se impone. No es que trate aquí de desmerecer o demeritar la interpretación legítima de los hechos y las conductas sometidas a juzgamiento ni la interpretación - también legítima- de la norma jurídica oscura que los jueces deben aplicar. Critico, sí, la interpretación contra *legem*, la falta de aplicación de la ley positiva que expressamente resuelve un caso determinado, privilegiando así y otra vez lo *good* por sobre lo *right*, sin que nadie atine a recordar que el fallar en contra del texto expreso de la ley en la Argentina configura el tipo delictivo denominado prevaricato [...].⁶⁰⁰

Assim, por evidente, o combate ao ativismo como atividade arbitrária não objetiva impedir o juiz de interpretar, mas, sim, estabelecer limites para que se decida corretamente – de forma adequada à Constituição (Streck).

Nessa linha, Dworkin afirma que o juiz não pode proferir um “julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes, uma decisão sobre o que deveria estar lá”.⁶⁰¹ Entretanto, é claro que o juiz poderá – e deverá – decidir com base em princípios, mas não de qualquer forma. Dworkin refere que, embora o juiz não deva ficar limitado ao texto jurídico, ele não poderá aplicar princípios que sejam incompatíveis com a legislação. Ou seja, o princípio considerado não pode estar em conflito com outros princípios pressupostos, que serviram de base para justificar a regra a ser aplicada.⁶⁰² Em síntese, Dworkin sustenta que o juiz não pode escolher qualquer princípio para, de forma retórica, defender seu ponto de vista pessoal; ele afirma a necessidade de busca por padrões normativos.

É importante mais uma vez registrar que a atuação da jurisdição a partir de uma base principiológica verdadeira, sólida, bem como a atuação judicial em defesa dos direitos fundamentais com decisões contramajoritárias, não pode ser considerada excesso de ativismo.⁶⁰³ Na realidade, tais exemplos sequer podem ser considerados “ativismo” (na forma ora criticada), uma vez que baseados na interpretação do ordenamento jurídico em vigor, dentro de seus limites. O positivismo exegético foi superado há muito tempo, inclusive por outros modelos de positivismo. Ademais, se, por um lado, a atividade legislativa deve ser respeitada quando observa a Constituição, por outro, a atividade judicial, ao exigir que a

⁶⁰⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 31.

⁶⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 15.

⁶⁰³ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 142.

legislação e atuação administrativa estejam adequadas à ordem constitucional, representa o mero cumprimento de sua missão. Fica claro que em tais atividades não existe qualquer criação de direito, mas mero restabelecimento do império da Constituição. Trata-se de adequar a atuação do poder público aos compromissos constitucionais.⁶⁰⁴ Ou seja, decidir por princípios não é ativismo.⁶⁰⁵

Veja-se que Luís Roberto Barroso refere que “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”.⁶⁰⁶ Por evidente, não é essa a ideia de ativismo que se critica nesta pesquisa. Pelo contrário, combate-se exatamente a postura que implica a indevida produção do Direito pela jurisdição, nominada por Barroso como “excesso de ativismo”.

Mas, cuidado. Diante do que foi visto, o leitor desavisado poderia concluir que, fora a denominação, não existiria controvérsia entre o apresentado por Barroso e o sustentado por autores como Streck e Dworkin. Este seria um entendimento equivocado.

Observe-se que, para fugir do que chama de “excesso de ativismo” e dar a falsa ideia de que trabalha no campo das “potencialidades do texto constitucional” (sem criar/modificar o Direito, portanto), Barroso muitas vezes recorre a álibis teóricos ou metanormas (tratadas no próximo ponto) para “fundamentar” a sua decisão, com o intuito de legitimar a decisão.

Veja-se que, no mesmo texto acima citado, Barroso trata de exemplos do que considera ativismo sem criação do Direito. Ficando apenas com um deles, Barroso trata de

⁶⁰⁴ Nesse sentido, ensina Danilo Pereira Lima: “Desse modo, é possível observar que o problema do decisionismo não ocorre quando o Poder Judiciário legitimamente interfere na esfera pública para garantir a efetividade de direitos previstos na Constituição. Neste caso o Judiciário cumpre uma tarefa institucional que está inserida num modelo de Estado ordenador, promovedor e que assumiu a função de transformar as estruturas sociais. Ao contrário, os desvios judiciais ocorrem nos momentos em que os juízes impõem suas vontades contra a própria Constituição, permitindo mais uma vez que a política se sobreponha ao direito. [...]”. LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 120.

⁶⁰⁵ Sobre a diferença entre decisão por política (ativismo) e princípios, Dworkin ensina: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 129-130). Na sequência, em interessante passagem, Dworkin enfrenta a alegação de que a criação de direito pelo juiz implica uma nova lei aplicada de forma retroativa. O autor concorda com tal afirmação, mas entende que somente existe criação de direito no julgamento por política. Observa que a surpresa somente existirá em decisões tomadas com base em argumento de política. Quando se trata de decisão baseada em argumento de princípio, as partes não são surpreendidas, uma vez que o princípio já existe no ordenamento jurídico, ou seja, não existe criação de direito novo. *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

decisão que, “em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional”. Percebe-se que a própria afirmação de Barroso é no sentido da “criação” de uma “nova” hipótese. No caso, fica evidente que o “princípio democrático” foi utilizado unicamente como álibi teórico para conferir uma pretensa fundamentação a uma decisão tomada por razões estranhas ao Direito. Afinal, o “princípio democrático” poderia servir para decisão em outro sentido, por exemplo: como não havia previsão legal, a criação de uma hipótese pelo judiciário viola o “princípio democrático”, na medida em que quem possui legitimidade “democrática” para tanto é o Legislativo.

Sem dúvida, trata-se de ativismo judicial (ou excesso de ativismo), criador de direito, embora se pretenda, com base no discurso, dar ares de mero cumprimento da Constituição. Essa retórica é perigosa, na medida em que confere ao intérprete amplo poder para escolher não apenas a “norma” (metanorma) a ser aplicada, como também seu significado e seu alcance. Como adverte Eduardo José da Fonseca Costa, a indiferença de alguns em relação à Constituição muitas vezes é velada, sendo que o intérprete ativista, por meio de uma “acrobacia retórica”, desempenha “contorcionismos argumentativo-circenses”, geralmente repletos de piruetas pamprincipiológicas, para desfocar a inconstitucionalidade de suas intenções.⁶⁰⁷

5.1.2.3 As Metanormas como Álibi Teórico

No item anterior foi possível verificar que a discricionariedade também pode se apresentar de forma dissimulada. Veja que na doutrina nacional existe forte corrente a defender a existência das chamadas “metanormas” ou “postulados normativos”. Seriam elas mais que princípios; consistiriam em normas de “sobredireito” (como definiu Pontes de Miranda em relação às normas processuais⁶⁰⁸), verdadeiros cânones que seriam aplicados quando não existissem normas para solucionar o problema ou diante de “conflito” entre “princípios contraditórios” em tese aplicáveis ao caso. Sobre as metanormas, Ávila refere:

⁶⁰⁷ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁶⁰⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 3.

A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. Entre os principais postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso, que serão analisadas adiante e em pormenor.⁶⁰⁹

Segundo Ávila, tais postulados são considerados “metanormas” ou “normas de segundo grau”. Situam-se em um plano distinto das demais normas, inclusive acima dos “simples” princípios, com os quais não se confundem. Afirma o citado autor que “os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim. Ainda, que “não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.”⁶¹⁰

Alexy também entende que, para orientar a decisão, quando necessário o sopesamento, o intérprete deve fazer uso da metanorma (da máxima da proporcionalidade), que estabelece critérios adicionais de ponderação, objetivando racionalizar a aplicação dos princípios jurídicos. Refere o citado autor em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.⁶¹¹

Para Alexy, em caso de colisão entre os princípios, faz-se necessário um sopesamento. A proporcionalidade, da qual advém a necessidade de ponderação, decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

⁶⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 133-134.

⁶¹⁰ Ibid., p. 135-136.

⁶¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 117.

Em sua obra *Levando o Direito a Sério*, Francisco Motta critica a teoria de Alexy e a ponderação tal como proposta. Lembra que, para o autor alemão, os princípios são mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, sendo que, em caso de conflito, deve ocorrer a “ponderação”, conferindo-se “peso” aos princípios. Refere Motta:

Já as colisões de princípios não se dariam no âmbito da validade, mas do peso. Exemplificando melhor, Alexy sustenta que, quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, uma das normas há de ceder em face da outra, devendo o choque ser resolvido mediante *ponderação da dimensão do peso dos princípios* sob circunstâncias do caso; nesse sentido, como somente conflitariam princípios *válidos*, a dimensão do peso ficaria situada *além da validade*, proporcionando que ambos os princípios (mesmo o de menor peso, bem entendido) sigam integrados ao ordenamento jurídico.⁶¹²

Portanto, tais autores, além de outros (Kelsen, com sua *Grundnorm*; Pontes de Miranda, com as normas de sobredireito), entendem que existe no ordenamento jurídico as metanormas, as quais seriam aplicadas sempre que se estivesse diante de um aparente conflito entre princípios. Caberia, então, ao intérprete, atento às metanormas (proporcionalidade, razoabilidade etc.), resolver qual o princípio, no caso concreto, deveria prevalecer, qual possuiria “maior peso”.

Por outro lado, diversos autores não concordam com a existência das chamadas metanormas ou, no mínimo, discordam de que tais figuras – e pouco importa o nome que ganham – seriam válidas para motivar/fundamentar decisões judiciais.

Nesse sentido, autores de vertente hermenêutica, notadamente os de cunho filosófico, entendem que as chamadas metanormas não podem servir de fundamento para uma decisão judicial. Da mesma forma, aduzem que não existiriam conflitos entre princípios. Para tal escola, as chamadas metanormas são uma “justificativa” – ainda que potencial – para a discricionariedade do intérprete, para o ativismo judicial. Argumenta-se que na aplicação da proporcionalidade, por exemplo, exige-se a ponderação dos princípios, sendo que caberia ao intérprete, segundo o seu entendimento pessoal, além da escolha de quais os princípios estão em conflito, ponderar e decidir qual princípio prevaleceria. E isso seria contrário ao que pensa a escola hermenêutica, pois prevaleceria o subjetivismo.

Lenio Streck, após apresentar inúmeras críticas à ponderação de princípios proposta por Alexy, ensina:

⁶¹² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 148.

Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica (na concepção aqui trabalhada, que imbrica a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiana) e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy. Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos.⁶¹³

Streck sustenta que os princípios não são “mandados de otimização” que abririam a interpretação e, portanto, levariam à discricionariedade. Pelo contrário, os princípios “fecham” a interpretação, impedindo múltiplas respostas para um mesmo caso. Streck lança críticas ao Código Civil e às suas cláusulas gerais, as quais permitem ampla discricionariedade ao intérprete, autorizando que a decisão seja fundamentada em conceitos metajurídicos. Da mesma forma, repudia aquilo que chama de “protorregras” (enunciados, súmulas etc.), que surgem para controlar a discricionariedade, mas, contraditoriamente, representam, no âmbito aplicativo, o elemento que buscavam eliminar – o ato discricionário. Aduz o autor que tais “protorregras” trazem conceitos imprecisos (“prova robusta”, “excesso de prazo”), com pretensão de se tornarem universais, aplicáveis a todos os casos. Isso serve apenas para deixar de lado a especificidade, ou seja, para “esconder” o caso concreto, na medida em que “servem para qualquer resposta”. Os princípios vieram para superar as barreiras impostas pelo positivismo, trazendo o mundo prático para o Direito – e, assim, limitar o poder dos juízes.⁶¹⁴

Em seus textos Lenio Streck lembra que princípios são deontológicos, representam um padrão construído historicamente (código lícito-ilícito) e devem pautar a decisão. Os princípios não são teleológicos, não são meros valores que poderiam, inclusive, deixar de ser aplicados. Eles são normas e, como tal, devem ser aplicados, sempre para fechar – e não abrir – a interpretação.⁶¹⁵ São eles conteúdo legítimo da pré-compreensão do intérprete.

⁶¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 418.

⁶¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221-225.

⁶¹⁵ Em entrevista ao *site Consultor Jurídico*, Lenio Streck, tratando do caráter deontológico dos princípios, esclarece: “Nessa perspectiva, princípios são normas *stricto sensu*. São um “dever ser”. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Ou seja, princípios não são valores. Dizendo de outro modo: tratar princípios teleologicamente é submeter direitos e garantias a um cálculo de custo e benefício, dispensando a sua obrigatoriedade e condicionando-os a pontos de vista parciais. Consequentemente, se analisarmos o *case* [provas colhidas contra Demóstenes] em questão de forma “teleológica”, corremos o risco de aceitar respostas finalísticas, onde “os fins buscados (acabar com a impunidade, eficácia no combate à corrupção)” podem justificar os meios.” CANÁRIO, Pedro. Direito não pode ser corrigido por valores morais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Hommerding, em sua obra *Invalidades Processuais*, lembra de Galeno Lacerda e de sua luta para justificar uma relativização da nulidade absoluta, utilizando para tanto o recurso às metanormas ou normas de sobredireito. Mas o autor traz questionamento pertinente: teria Galeno, de fato, aplicado metanormas ou apenas teria feito referência a elas para garantir a efetividade do processo e o direito material da parte? Ou seja, Hommerding questiona: Galeno utilizou as metanormas como fundamento ou simples retórica? Conclui o autor sustentando que as metanormas em Galeno serviram apenas de “desculpa” (Hommerding) para garantir a efetividade do direito da parte, quando, na realidade, a própria legislação apresentava a resposta.⁶¹⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil garante, como direito fundamental do cidadão, a “fundamentação/motivação” das decisões judiciais. No Brasil, a cada dia, avolumam-se posicionamentos que possuem como fundamentação/motivação as metanormas. Entender como inexistente (ou não aptas para fundamentação) tais normas implicaria afirmar que tais decisões não são fundamentadas/motivadas e, portanto, direitos fundamentais são violados.

É importante recordar que, em 1947, portanto, logo após a Segunda Grande Guerra e por conta dela, Piero Calamandrei escrevia sobre o que chamou de “crise do direito”. Dizia ele que a “crise do direito” decorrente da política hitleriana atacava o processo como garantia de legalidade, na medida em que o totalitarismo conduziu a uma “reabsorção da justiça na política”, esta entendida como lugar do arbítrio e do irracional, com o advento de um “juiz político criador do direito”. A abolição da racionalidade e das garantias constitucionais não teria ocorrido para abrir um novo caminho, como na Revolução Russa de 1917, mas para “transformar a magistratura numa polícia de partido”.

Por evidente, essa crise também atingiu o campo processual, com “uma involução para formas de absolutismo e de escravidão que pareciam superadas há séculos”. Como características dessa crise do processo, Calamandrei destacava o afastamento das garantias da magistratura; o desaparecimento do dever de motivação da sentença; a “abolição das formas processuais até o ponto de converter o juiz em árbitro de prescrevê-las a seu modo”; a desvalorização da iniciativa da parte e a valorização da iniciativa oficial, entre outras. Na doutrina, Calamandrei destacou o que chamou de “nova barbarização”, com baixo nível da produção, em especial na Alemanha, destacando que, embora na Itália esse efeito não tenha sido tão forte, ainda assim algumas características refletiam a crise alemã, como “uma certa

⁶¹⁶ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Invalidades processuais**: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura. Santa Rosa: Coli Gráfica e Editora, 2009. p. 79-80.

tendência manifestada por algum estudioso a interpretar os institutos do processo mais em função da vontade que em função do conhecimento”, o que, segundo Calamandrei, tornava necessária a defesa da legalidade não apenas contra a política, mas também contra as “superestruturas dogmáticas”.⁶¹⁷ Será que nada desse legado de luta para superar a “crise do direito” foi entregue pela tradição, e ainda se vive sob seus efeitos? Sendo mais simples: não se aprendeu nada com a história?

5.2 A NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO: proposta de um novo caminho do pensamento

O caminho percorrido até este ponto demonstra, com clareza, que os paradigmas filosóficos e constitucionais entregues pela tradição – e que deveriam orientar a compreensão em geral do intérprete na análise do Direito – não são observados. Mesmo quando claramente incompatíveis com uma unidade decorrente do esperado império da Constituição, velhos paradigmas ainda se impõem e fazem refém uma doutrina e uma jurisprudência que não conseguem compreender o “novo”. Tal situação não é diferente em relação ao processo, no qual, além de muitas vezes também se desconsiderar a sua *unidade fundamental*, as entregas a ele diretamente relacionadas são desprezadas em nome de paradigmas já superados.

No sentido da conclusão ora apresentada, Lenio Streck faz importante diagnóstico:

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos do processo constituinte de 1986-1988, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, entre ‘constitucionalidade’ e ‘legalidade’, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente. Tais cisões, como será demonstrado no decorrer da obra, decorrem daquilo que na fenomenologia hermenêutica denominamos de ‘esquecimento da diferença ontológica’.⁶¹⁸

Na mesma obra, Streck critica as posturas que sequer respeitam os limites mínimos semânticos do texto, advertindo para a seriedade de tal situação, em que, em plena democracia, a lei (e até mesmo a Constituição) é desconsiderada. E conclui:

⁶¹⁷ CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**. Tradução de Karina Fumberg. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 6-8.

⁶¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

O resultado disso? O enfraquecimento da democracia, naquilo que ela tem de mais importante: a produção democrática do direito, tornando despiciendos ‘discursos adjudicadores e corretivos’. Afinal, como sustentam as diversas posturas axiologistas, realistas e subjetivistas (seja o nome que a elas se dê), o texto é apenas a ponta do iceberg...!⁶¹⁹

Não restam dúvidas a respeito da necessidade de pensar novos caminhos que resgatem elementos básicos que devem nortear o Direito. Diante dessa situação, propõe-se uma nova forma de pensar o processo, partindo da visão ligada à hermenêutica filosófica e à Crítica Hermenêutica do Direito. O processo deixa de ser pensado como meio ou instrumento a serviço do juiz ou do direito material específico, e passa a ser tratado, em sua *unidade fundamental*, como decorrente dos paradigmas herdados e que constituem o *processo democrático*, a partir da filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para a compreensão. O *processo democrático* deve ser visto como um existencial decorrente do mundo-de-vida no qual o intérprete está imerso e no qual atuam os paradigmas que devem legitimamente guiar a sua compreensão. Sendo mais simples: propõe-se a conexão entre a filosofia hermenêutica (a partir da Crítica Hermenêutica do Direito) e o processo.

A partir do que ensina Ernildo Stein, adverte-se que com a reflexão filosófica proposta não se pretende a discussão científica do processo como procedimento científico, mas pensá-lo a partir da Filosofia, entendida como “caminho do pensamento”. Como observa Stein, o “método” da Filosofia é o caminho do pensamento.⁶²⁰ Mas o que é, afinal, o *processo democrático*?

5.2.1 O Processo Democrático como Elemento da Compreensão

De início, deve ser registrado que, embora importante, entende-se limitada a visão unicamente científica do processo (afastada da crítica, da problematização filosófica), mesmo quando se considera o texto constitucional. Essa visão propicia uma ausência de limites ou parâmetros na atribuição de sentido, transformando o intérprete em senhor dos sentidos, típica consequência do método. Ainda, verifica-se que por essa perspectiva o processo é definido a

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40-41.

⁶²⁰ Em suas palavras: “Método nas ciências se limita a considerações sobre procedimentos. Mas método em filosofia aponta muito antes para caminhos do pensamento. [...] O que importa é afirmar a legitimidade de um tipo de trabalho de pensamento que precede e acompanha o pensamento objetivista e que ao mesmo tempo seria capaz de pensar os níveis nunca inteiramente recuperáveis da práxis cotidiana. [...] Não há dúvida que a presença do filósofo com a questão da hermenêutica e da dialética nas ciências humanas, quer salvar no seio destas aquele fundo inevitavelmente universal e filosófico que as diversas técnicas metodológicas tendem a negar [...]”. STEIN, Ernildo. **Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]**. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

partir de características percebidas por um observador externo, não adentrando seus elementos constitutivos.

Portanto, não se nega a importância da visão do processo como instrumento para satisfazer a pretensão. Entretanto, entende-se que não é esse o “fundamento” do processo. Ferdinand Lassalle, ao questionar sobre a definição de Constituição e apresentar os conceitos de pacto ou lei fundamental, já observava:

Todas essas respostas jurídicas, porém, ou outras parecidas que se possam dar, distanciam-se muito de explicar cabalmente a pergunta que fiz. Elas, sejam as que forem, limitam-se a descrever exteriormente como se formam as constituições e o que fazem, mas não explicam o que é uma Constituição. Dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição; porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é, a essência constitucional. [...].⁶²¹

É isso que se busca nesta pesquisa. Ultrapassar o conceito meramente formal e descritivo do processo para atingir o seu núcleo constitutivo como unidade. Esse núcleo que constitui o processo é informado pelos paradigmas entregues pela tradição e pode ser resumido na ideia de *processo democrático*. Em outras palavras: não se pretende compreender o processo a partir da ciência processual. Entende-se que essa conceituação vem depois, não estando na base fundamental de uma adequada compreensão. Pode-se dizer que se propõe uma *compreensão extraprocessual* do processo, devidamente entendida com um conceito prévio, não apenas limitado à descrição operacional do fenômeno. É o *processo democrático* pensado como existencial.

Reitera-se que a tese proposta atua em um duplo nível. O *processo democrático* atuando no *plano teórico*, isto é, no aspecto conceitual geral do sentido de processo em uma democracia e que propiciará uma adequada compreensão do processo *latu sensu*, bem como no *plano prático*, que implica este sentido construído intersubjetivamente sendo manuseado na prática judicial diante do caso concreto (na interpretação do juiz, por exemplo). É a partir dos subsídios do *plano teórico* que os profissionais do Direito podem trabalhar no *plano prático*, seja decidindo, seja impugnando a decisão inadequada.

O processo, a partir da visão proposta, existe antes da atividade que cientificamente é denominada como processo, e aplica-se a toda essa atividade. Não se confunde com o objeto dessa atividade ou com o próprio trâmite processual. A *unidade do processo* antes apresentada é paradigmática; é condição de possibilidade para o Direito na democracia. Por

⁶²¹ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Leme: CL Edijur, 2012.

isso, é pressuposto de toda a atividade processual, inclusive, da própria consagração constitucional, a qual servirá de guia quando refletir os novos paradigmas.

Para ficar um pouco mais clara a ideia proposta, é importante mencionar que não se compreende como uma previsão constitucional que trata do processo possa ter como justificativa para sua origem a própria Constituição.⁶²² Considera-se que essa previsão constitucional decorre da superação de paradigmas ultrapassados que consideravam o processo como um instrumento à disposição do juiz, e da consagração de outros paradigmas entregues pela tradição e que contemplam a ideia de democracia, constitucionalidade e, no limite, a visão do processo como um direito das partes. Esses novos paradigmas foram recepcionados pela Carta Constitucional em vários dispositivos, como aqueles que preveem o contraditório, a publicidade, a ampla defesa, entre outros. Talvez para alguns essa diferenciação não pareça relevante, mas é ela que propicia a construção de novos conceitos e teorias para além da mera técnica exegética.

Mas qual a novidade em afirmar que se deve observar a Constituição e seus paradigmas? De fato, muitos doutrinadores, inclusive aqueles que trabalham com foco eminentemente cientificista, afirmam isso. Mas a questão fundamental é: por que é assim? Qual o caminho que se utiliza para chegar a esta conclusão? Não se pode dizer que é intuitivo ou que “é assim porque é assim”. O trabalho desenvolvido sem uma teoria de base sólida que deve sustentar a construção de determinada afirmação teórica, tão comum na doutrina brasileira, fica na superfície do conhecimento. E, por não possuir raízes, pode – a depender do sujeito – pender com a força do vento. O presente trabalho propõe a construção desse caminho a partir da reflexão filosófica, na linha trabalhada pela Crítica Hermenêutica do Direito, trazendo suporte para a afirmação de que se deve seguir a Constituição e os novos paradigmas. Em vários pontos a conclusão pode ser a mesma, mas somente a afirmação a partir de uma teoria de base sólida permite que se reflita sobre o caminho e a construção do conhecimento, inclusive para afastar uma conclusão incorreta (pessoal ou de terceiro).

Pode-se dizer que se propõe uma dimensão substancial ou material da ideia de processo, a qual, ao cabo, é a condição que confere legitimidade para a atuação do Estado, não estando à disposição deste.

⁶²² Nessa linha, Darci Guimarães Ribeiro, ao analisar a pressão por celeridade e o possível prejuízo ao contraditório, ensina que a exigência de celeridade no processo não pode comprometer os direitos constitucionais. Destaca que “O núcleo inicial da garantia constitucional do contraditório reside no direito de defesa [...]”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 61-65). Sem dúvida, na linha da reflexão proposta, concorda-se com a conclusão de Darci Ribeiro. Entretanto, entende-se que a garantia do constitucional do contraditório não encontra sua gênese no próprio texto constitucional.

Assim, entende-se que somente ocorrerá uma adequada descoberta do sentido do texto processual, da norma, quando se considerar o processo a partir dos paradigmas entregues pela tradição e que podem ser considerados como legítimos, fruto da história compartilhada. São eles que darão o “mundo” a partir do qual o intérprete deve considerar o processo.

Esses paradigmas herdados constituem o núcleo fundamental do processo e, portanto, o próprio *processo democrático*. São eles que, constituindo os elementos identificadores da unidade do processo, lhe dão um sentido adequado. Reitera-se: a partir da visão filosófica proposta, esses paradigmas constituem o fundamento de todo e qualquer processo, independente do direito de fundo, impondo que o processo seja pensado em sua unidade fundamental. Em um nível compreensivo e paradigmático, existe apenas o *processo democrático de direito*.

Nesse fio, Andolina e Vignera, décadas atrás, ao analisarem o “novo” paradigma constitucional italiano que surge a partir da Constituição de 1948, afirmavam a existência de um modelo único de processo decorrente do paradigma constitucional, embora pudesse existir uma pluralidade de procedimentos.⁶²³

Nessa jornada de descoberta do processo como condição de possibilidade para uma adequada compreensão, deve-se sempre lembrar que o processo não tutela o direito do particular ou mesmo o direito objetivo, mas o direito democrático constitucional, composto por paradigmas herdados de um longo desenvolvimento histórico. O processo existe como *condição de possibilidade* da atuação legítima de um Estado Democrático e de Direito. Lembre-se, é o processo democrático de Direito que legitima a jurisdição, e não a figura do juiz.

Essa adequada compreensão de processo, que é condição de possibilidade, é direito material das partes e portadora de um conteúdo entregue pela tradição. Este conteúdo é composto pelos paradigmas antes estudados. São eles que compõem a pré-compreensão e que orientarão a compreensão do intérprete, que a partir deles deve identificar o sentido do texto. Assim, ao decidir, o intérprete deverá refletir sobre os pré-juízos que estão a orientar a decisão, aqueles que lhe serviram de sustentação para identificar a norma, suspendendo os pré-juízos inautênticos (aqui entendidos como os originados em paradigmas superados), e fazendo valer os pré-juízos autênticos, quais sejam, os paradigmas entregues pela tradição. Lembre-se que Gadamer já advertia que o importante não é a ausência de pré-juízos, mas sim que o intérprete se dê conta de sua existência.

⁶²³ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: il modello costituzionale del processo civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. p. 11.

Nesse sentido, propõe-se uma nova concepção (jurídico-filosófica) de processo, compreendido em sua unidade, que, por sua vez, é construída através dos influxos paradigmáticos entregues pela tradição e que constituem o *processo democrático*, que, a partir da conexão filosófica proposta, é elemento da pré-compreensão, portanto, condição de possibilidade para compreensão.

Dito de outro modo. O *processo democrático* é aquele que possui sua unidade fundamental nos paradigmas atuais, respeitando a Constituição formal e materialmente. É a partir disso que se pode afirmar a própria superação dos tradicionais modelos processuais civil e penal, que insistem em fazer refêns doutrina e jurisprudência⁶²⁴, pelo “modelo democrático constitucional”, o qual herdou do passado diversas características que lhe tornam único, como o predomínio da linguagem pública na constituição do sentido, a valorização da democracia, a luta contra a correção moral do Direito, entre outros aspectos.

Para descoberta dessa adequação do conteúdo do processo aos paradigmas legítimos, ou seja, para que se verifique a presença de um efetivo *processo democrático*, propõe-se uma tripla filtragem para fins de orientar o intérprete, servindo também como parâmetro para fiscalizar sua atuação. Ao interpretar/decidir, o intérprete deve submeter sua compreensão a uma espécie de filtragem, de confronto com os paradigmas “filosóficos”, “constitucionais” e de “teoria do Direito”, identificando se os paradigmas que lhe orientaram na descoberta da norma, do sentido, são legítimos ou não.

Entende-se que é o atravessamento do processo, como unidade, por essa reflexão filosófica que permite a construção de uma democracia também pelo processo, afastando muitos dos problemas antes relatados, decorrentes da não superação de paradigmas ultrapassados.

Portanto, os filtros propostos constituem aquilo que se considera como o núcleo fundamental do *processo democrático*, herdado pela tradição e que deve orientar o intérprete. São eles que revelarão se a interpretação pode ser considerada legítima. A não superação dessa filtragem indica que o processo encontra-se longe de ser considerado como elemento do constitucionalismo democrático.

⁶²⁴ Reitera-se que a evolução dos sistemas ou modelos processuais, com suas características próprias marcadas principalmente pela época quando nasceram ou evoluíram, serve de importante horizonte histórico. Entretanto, tais modelos não são fórmulas que devem ser simplesmente reproduzidas pelo direito atual, muitas vezes em descompasso com normas constitucionais outrora inexistentes.

5.2.1.1 Filtro Filosófico: uma nova forma de construção do sentido

O intérprete deve verificar se sua interpretação/decisão é compatível com os paradigmas de natureza filosófica entregues pela tradição. Ou seja, como verificado, a tradição entregou ao intérprete diversos paradigmas que representam transformações na história compartilhada. Esses paradigmas devem – legitimamente – orientar a compreensão. Nesta pesquisa, foram apresentados os paradigmas que se entende como principais, mas não excluem outros.

O primeiro paradigma refere-se à superação da linguagem privada pela linguagem pública, em que os sentidos não pertencem ao intérprete. Ou seja, o intérprete deve respeitar o sentido conferido pela tradição, pela história compartilhada, que existe na linguagem pública na qual ele está inserido. A tradição entregou a superação dos paradigmas da subjetividade e da objetividade. O sentido não pertence ao intérprete ou está contido no texto. O sentido é atribuído intersubjetivamente.

Lenio Streck ensina que, no paradigma da filosofia da consciência, “a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem”.⁶²⁵ Lembre-se da grande tese de Platão tratada anteriormente, no sentido da desnecessidade de linguagem para o conhecimento, que ocorreria em um momento anterior, no pensamento.

Wittgenstein II supera a ideia de uma linguagem privada, na qual o sentido decorre de uma experiência subjetiva do indivíduo. A análise da correção do sentido das palavras decorria de critérios subjetivos do intérprete. No “giro linguístico” (ou virada/viragem linguística), a linguagem deixa de ser instrumento e se transforma em “condição de possibilidade”. É a linguagem portadora de sentidos que possibilitam a compreensão. A experiência hermenêutica ocorre na linguagem.

É esse mundo encontrado na linguagem que afasta os perigos da filosofia da consciência. O sujeito assujeitador perdeu seu lugar. O sujeito continua lá (e muitos críticos não se dão conta disso), mas o sujeito solipsista não tem mais lugar. Não mais se assujeitam as coisas, os sentidos e o conhecimento. O sujeito agora participa de uma relação intersubjetiva, na qual existe um *a priori* compartilhado portador de sentidos que se antecipam ao sujeito.⁶²⁶

⁶²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2013. p. 211.

⁶²⁶ Ibid., p. 252.

No “jogo de linguagem”, proposto por Wittgenstein II, seguir a regra é agir considerando a práxis social de determinada comunidade. Assim, não é possível prever regras abstratas para o uso das palavras. Há um contexto pragmático. A palavra ganha sentido pelo modo como é usada, pela função que exerce no jogo.⁶²⁷

Conforme verificado, o significado das palavras deve levar em consideração o seu contexto de uso público. Os diversos contextos possuem diferentes regras. E aqui é ultrapassada a semântica pela pragmática, na medida em que é o contexto pragmático que constituirá o sentido da palavra. A visão que desconsidera o contexto, que considera a linguagem como mero instrumento de descrição do mundo, é extremamente abstrata.⁶²⁸ E esse contexto é público, compartilhado pelos sujeitos, o que impede a subjetividade advinda da linguagem privada.

Neste ponto, mais uma vez é importante observar que as modificações que se encaminham com Wittgenstein II e afastam o subjetivismo do intérprete não significam que o “sujeito” deixa de existir. Pelo contrário, como ensina Holguín:

[...] La imposibilidad de colocamos «antes» de los juegos de lenguaje, lógica u ontológicamente, elimina el acceso a un punto de vista absoluto - subjetivo u objetivo - respecto del cual éstos puedan considerarse como una elaboración posterior. Estamos inmersos em nuestras formas de vida y en los juegos de lenguaje que les son propias. Esto no significa, sin embargo, la exclusión del punto de vista del sujeto, pues no se trata de abogar por un realismo ingenuo.

Por el contrario, la perspectiva adoptada permite que aparezca el sujeto precisamente en las maneras como actuamos y pensamos, sin que pueda por ello constituirse en el centro privilegiado de las determinaciones intersubjetivas que presupone.⁶²⁹

Assim, o sujeito continua lá, mas não se encontra isolado. A correção do uso da palavra depende do acordo da comunidade linguística quanto ao seu emprego, o que viabiliza a própria comunicação. São os hábitos da comunidade que darão significados intersubjetivamente válidos para as expressões linguísticas.⁶³⁰

A significação não ocorre através de um ato intencional qualquer, mas dependerá do contexto sócio-histórico, portanto, de uma significação objetiva (que nada tem a ver com

⁶²⁷ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 146.

⁶²⁸ Ibid., p. 139.

⁶²⁹ HOLGUÍN, Magdalena. **Wittgenstein y el escepticismo**. Santiago de Calli: Editora Universidad del Valle, 1997. p. 63.

⁶³⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 141.

lógica ou matemática), longe da subjetividade do intérprete. Será diante da análise desse contexto que se poderá afirmar se a linguagem está sendo usada adequadamente.

Lembre-se de que um dos grandes objetivos de Heidegger era demonstrar que o sentido do ser era fundante dos demais sentidos regionais. Mas como acessar o sentido do ser? Deve-se partir da análise do homem, como ente “cujo ser consiste em compreender ser: o ser se dá”. Superando o pensamento transcendental, aqui o sentido de ser precede a subjetividade. O homem é *Dasein*, é presença, é *ser-no-mundo*. Este é o ponto de partida para o novo paradigma, a ontologia hermenêutica.⁶³¹ O ser vem antes da subjetividade do homem. Ele é condição de possibilidade da própria subjetividade.

Na medida em que o sentido do ser é anterior à própria subjetividade, fica claro que esta não pode determinar o sentido. O sentido antecipa-se à própria reflexão realizada pelo homem. Quando o homem pensar em definir o sentido, o sentido já lhe se antecipou. A insistência em desconsiderá-lo implica arbitrariedade. Nesse sentido, destaca Manfredo de Oliveira:

Em suma, a superação decisiva da filosofia da consciência e da representação, isto é, da filosofia moderna da subjetividade, está aqui: não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama. Nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado. O ser emerge, assim, como a instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade.⁶³²

Não é o outro o ensinamento de Stein, aduzindo que o intérprete não se relaciona com o objeto, mas com o seu significado, que já está no *a priori* compartilhado do indivíduo como *ser-no-mundo*.⁶³³

Na ciência moderna, o homem, por meio da linguagem, age como senhor do pesquisado, sem considerar aquilo que torna a investigação possível. Não se pensam os fundamentos, mas apenas a linguagem como um código artificial.⁶³⁴ Mas a linguagem não é dominação, e, sim, o lugar do diálogo, da escuta, da pergunta, da resposta. O sentido da linguagem é muito superior ao falante. O sentido revelado é mediado pelo falante, mas muito

⁶³¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 208-209.

⁶³² Ibid., p. 220.

⁶³³ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 292.

⁶³⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 221.

maior que este.⁶³⁵ É superior na medida em que a fala expressa apenas uma parte dos sentidos do ser, mas revela muitos mais que o expressado.

Lembra Palmer que, para Gadamer, a linguagem é “revelação”. Ela revela o mundo da vida, a tradição. Mas esse mundo não é um mundo pessoal, um mundo da subjetividade. Pelo contrário, o mundo e a linguagem são temas trans-pessoais; esta é ordenada conforme aquele. O mundo é a base comum na qual as pessoas se comunicam através da linguagem.⁶³⁶

Para Gadamer, a essência da tradição está no seu caráter de linguagem. Será autêntica na medida em que não se trata de resíduo ou vestígio do passado, mas o que é transmitido, o que foi dito, seja pela tradição oral ou escrita.⁶³⁷ A tradição autêntica contém aquilo que de valioso a história legou e que vem ao intérprete pela linguagem.

Na medida em que a linguagem pública é constituidora do sentido, no Direito a interpretação deve observar essa linguagem pública. Ou seja, a resposta adequada em Direito deve considerar o sentido público dos elementos que compõem a pré-compreensão, forjados na intersubjetividade. A interpretação não pode ser baseada em critérios objetivos, compreendido como a ideia de que o sentido encontra-se no próprio texto, ou na subjetividade do intérprete que confere livremente o sentido.

É na compreensão, considerados os elementos legítimos entregues pela tradição, que se descobre o sentido do texto. Assim, ao filtrar a compreensão, o intérprete/decisor deve estar ciente de que os sentidos não estão à sua disposição. O sentido do processo que compõe a pré-compreensão do intérprete não é algo disponível a ele. Somente a observância do sentido entregue pela tradição – o que necessariamente passa pela consideração dos paradigmas herdados – garantirá uma compreensão adequada sobre o processo em todos os temas que lhe dizem respeito.

Portanto, ao intérprete cabe indagar se aquele sentido que está conferindo ao texto processual decorre da intersubjetividade. O sentido do processo ou seus institutos não é aquilo que o intérprete deseja, mas, sim, aquilo que foi significado pela comunidade em um *a priori* compartilhado. Somente esse sentido público compõe a unidade do *processo democrático*.

Nesse horizonte, ao analisar a legitimidade dos elementos de sua compreensão, deve o intérprete refletir sobre a observância do sentido público do processo. Deve questionar se não está indo contra a tradição filosófica fundada na intersubjetividade, e atribuindo sentidos

⁶³⁵ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 221.

⁶³⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 207-208.

⁶³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 504.

personais. Submetidos à prova os pré-juízos frente ao sentido público da linguagem, devem ser afastados os preconceitos inautênticos, ou seja, aqueles que decorrem dos paradigmas ultrapassados (em especial da filosofia da consciência), e mantidos os paradigmas autênticos, que são elementos do *processo democrático*.

5.2.1.2 Filtro Constitucional: a democracia constitucional⁶³⁸ como elemento da compreensão

O intérprete também deve considerar o filtro que se nomina de “constitucional”. Trata-se do conteúdo democrático-constitucional que deve orientar a decisão. Como observado, a Constituição brasileira de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito (ao contrário do Estado de Direito Democrático da Constituição portuguesa, por exemplo). Assim, o *democrático* qualifica o Estado brasileiro e deve alcançar todas as esferas, inclusive a jurídica.⁶³⁹

Nesse sentido, Dierle Nunes e Alexandre Bahia tratam muito bem da relação entre Constituição e democracia, ou melhor, do equilíbrio que se estabelece entre ambas em benefício do cidadão. Em suas palavras:

Em um Estado Democrático de Direito percebe-se que ‘democracia’ e ‘constitucionalismo’ devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que, a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria. [...].⁶⁴⁰

Não é diferente no processo. Embora a maioria julgue, ocasionalmente e segundo seus critérios e interesses, que as regras do processo possam ser flexibilizadas ou desconsideradas, a Constituição impõe ao intérprete que, em qualquer caso, respeite o processo, que é *devido* à parte, inclusive quando a maioria – ou o próprio julgador – não considera importante ou necessário.

⁶³⁸ Importante registrar que não se desconhece a tensão existente entre *constitucionalismo* e *democracia*, esta como poder do povo e aquele como limitação do poder. No presente estudo, parte-se do pressuposto de uma “democracia constitucional”, ou seja, de uma democracia limitada pela Constituição e que garante, em especial, os direitos das minorias e a resistência contra maiorias eventuais.

⁶³⁹ SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁴⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 63, jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

Nessa linha, Zagrebelsky ensina que na atualidade a própria lei cede lugar à Constituição, que passa a ser a medida no campo do Direito, sendo o “princípio da constitucionalidade” o responsável por assegurar a unidade da sociedade.⁶⁴¹

Sob o título *A lei no Estado democrático de Direito*, José Afonso Silva trata da influência do conteúdo paradigmático da Constituição para a leitura das demais normas e para a transformação da sociedade:

[...] o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. [...] A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. [...] Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.⁶⁴²

Como princípios do Estado Democrático de Direito, pode-se citar: a) princípio da constitucionalidade: funda-se em uma Constituição rígida, vinculante a todos os poderes; b) princípio democrático: democracia representativa, participativa, pluralista; c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais; d) princípio da justiça social como orientador da ordem econômica e social; e) princípio da igualdade; f) princípio da divisão de poderes e da independência do juiz; g) princípio da legalidade; h) princípio da segurança jurídica.⁶⁴³

Observe-se que, embora a democracia seja normalmente percebida em sua dimensão positiva (direito de participação), ela possui uma importante dimensão negativa, no sentido de que a atividade do Estado encontra-se limitada e vinculada ao paradigma democrático. É ele que deve guiar o agir de todas as instituições e servidores do Estado. O Estado somente pode agir democraticamente.

É importante observar que, quando se fala em atividade estatal, está-se referindo a todas as instituições públicas e servidores, independente do órgão ou poder aos quais estão

⁶⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Torino: Trotta, 2002. p. 40.

⁶⁴² SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul./set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/File/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁴³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98-100.

vinculadas. As atividades executiva, legislativa e judiciária estão limitadas pelo paradigma democrático.

Esse paradigma democrático limitador deve ser considerado em sua dimensão formal e material, como visto anteriormente. A atividade estatal deve, primeiro, observar a forma (o procedimento) democraticamente prevista no ordenamento jurídico, seja no que se refere a *quem* pode fazer, seja no que se refere a *como* fazer. Do mesmo modo, o *conteúdo* dessa atividade deve ser aquele democraticamente previsto no ordenamento jurídico.

Assim, eventual decisão que não adota o procedimento previsto, por exemplo, tomada por quem não possui legitimidade para fazer, estará violando a democracia. Os Poderes da República possuem tarefas democraticamente definidas, carecendo de legitimidade para desempenhar funções atribuídas ao outro. Como regra, não cabe ao Executivo legislar ou julgar; não cabe ao Legislativo administrar ou julgar; e não cabe ao Judiciário legislar ou administrar.⁶⁴⁴ Caso o façam (fora das hipóteses quando isso é autorizado), estarão sendo violadas a Constituição e a democracia naquilo que se refere à separação dos poderes.⁶⁴⁵

Adolfo Alvarado Velloso, ao criticar a atuação muitas vezes autoritária dos juízes, ensina que, além da democracia, outra ideia importante é a de república, “en la cual debe existir intercontrol de poderes y que se encuentra tan olvidada en estos rincones del continente ... !”⁶⁴⁶

Do mesmo modo, a decisão formalmente perfeita, mas que apresenta conteúdo incompatível com a democracia estampada no ordenamento jurídico, não será democrática.

Portanto, a democracia deve ser vista como condição de possibilidade do exercício do poder, na medida em que, como ensina Pierre Rosanvallon, é ela princípio de justificação e técnica de decisão.⁶⁴⁷ E, como técnica de decisão, não apenas como decisão da maioria, mas também pela adoção das regras democraticamente previstas – formais e materiais.

⁶⁴⁴ Registre-se que se está tratando das funções consideradas típicas de cada Poder. De forma atípica, os Poderes desempenham outras funções, como, por exemplo, a administração de seus serviços e a edição de regulamentação interna de suas atividades.

⁶⁴⁵ Para Chiovenda, é a separação dos poderes que assegura a imparcialidade que deve legitimar a atividade jurisdicional, dando ao julgador independência para fazer valer a legislação. Ensina que “as funções do Estado devem repartir-se entre órgãos diversos, os quais, procedendo por lei de modo autônomo e independente um do outro e devendo observar os limites por ela rigorosamente traçados, apresentam o poder do Estado, se bem que uno em essência, como fracionado no exercício, de modo a tornar mais difíceis as usurpações. Por essa forma, a jurisdição se oferece aos cidadãos com a melhor garantia da observância da lei, subtraída às móveis correntes da administração política”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Brookseller, 1998. v. 2, p. 13.

⁶⁴⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 27.

⁶⁴⁷ ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Tradução de Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010. p. 22.

Em cada conteúdo debatido, a democracia legitima a decisão política que será refletida nas normas, e tudo que lhe tiver por objeto (como uma decisão judicial) somente será legítimo caso observe a norma democraticamente estabelecida.

Conforme registrado anteriormente, nos limites do que interessa ao presente trabalho, pode-se definir a democracia como um adjetivo do Estado no qual seus órgãos e instituições devidamente *legitimados* para fazer pautam sua atuação pela observância das regras e valores constitucionais democráticos, seja nos *procedimentos* previstos, seja no *conteúdo* decisório. Sendo mais simples: em um Estado democrático, quem está autorizado constitucionalmente a fazer o faz através do procedimento constitucional adequado e com observância do conteúdo constitucional.

Nesse sentido, embora se concorde com Severo Rocha quanto à indeterminação do conceito de democracia⁶⁴⁸, o mínimo significado que se pode emprestar ao termo refere-se à obediência das normas democráticas.

Por evidente, o argumento democrático não torna a regra jurídica imune a controle, por exemplo, sobre sua constitucionalidade. Pelo contrário, este controle encontra amparo no próprio sistema constitucional. A exigência de legitimidade democrática impede o afastamento da norma por fatores estranhos ao Direito, como a moral pessoal do intérprete, a qual nos dias atuais está servindo de disfarçada justificativa para afastar a aplicação do direito válido quando não conveniente ao interesse do intérprete.

Nessa linha, o processo democraticamente compreendido é condição de possibilidade para uma decisão adequada. A decisão judicial que afasta a aplicação de normas processuais legítimas atinge a própria ideia de democracia, uma vez que atuam a partir de uma base não democrática.

Assim, para verificar a adequação do processo ao paradigma democrático, ao jurista cabe analisar se o decisor possui o poder de decidir daquela forma, ou seja, deve refletir se é ele legitimado para decidir produzindo aqueles efeitos. Da mesma forma, deve observar se foi adotado o procedimento democraticamente previsto. Por fim, deve considerar se o conteúdo da decisão observa aquilo que foi democraticamente estabelecido, ou seja, aquilo que foi legado pela tradição em termos de democracia.

Em uma democracia, o processo não pode ser considerado com um instrumento a serviço da jurisdição. Pelo contrário, como bem sintetizado por Hommerding e Motta, é a

⁶⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 155.

jurisdição que deve ser pensada como instrumento do processo democrático. Sua legitimidade dependerá deste.⁶⁴⁹

O processo democrático pressupõe uma leitura forte dos princípios constitucionais, bem como a participação das partes na construção da decisão.

O *processo – democrático* – deve pautar o intérprete e existe não apenas para disciplinar, mas, principalmente, para legitimar a atividade estatal. E este processo, em respeito ao paradigma democrático, deve atentar para os fundamentos constitucionais que o torna legítimo. Não se trata somente de observação das normas procedimentais, mas também de normas substanciais que, além de viabilizar o exercício adequado do direito, limitam e legitimam a atuação do poder público.

Assim, caberá ao intérprete, ao refletir sobre sua compreensão, questionar se observou o paradigma democrático e baseou sua decisão em elementos legítimos. Deve questionar se quem fez estava legitimado constitucionalmente a fazê-lo; se foram observados os procedimentos constitucionais, bem como se o conteúdo da decisão é compatível com a democracia constitucional.

5.2.1.3 Filtro de Teoria do Direito: o processo como direito subjetivo público objeto de uma teoria do direito (e não política)

Tudo o que foi visto até aqui demonstra que, atualmente, na interpretação do Direito confunde-se muito “teoria do Direito” com “política jurídica”. Adolfo Alvarado Velloso apresenta como um dos principais problemas do direito processual atual “a la asunción - por parte de importante número de jueces- de tareas que exceden largamente su competencia funcional y que, a raíz de ello, han logrado tornar ingobernable el país,” como a busca de solução de problemas políticos ou sociais.⁶⁵⁰

O intérprete do Direito não se dá conta de que não lhe cabe fazer política, âmbito no qual a moral exerce importante influência. Quando o intérprete diz “moralmente” o que é o Direito, ele está fazendo política. Deveria limitar-se a dizer o Direito, sem pretensão de corrigi-lo. A teoria do Direito deve dizer como se deve julgar dentro do Direito posto. No Direito, a moral corretiva é uma predadora.

⁶⁴⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁶⁵⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 25.

Isso não significa que a moral será irrelevante ao Direito. Ela é muito importante, pois definidora dos caminhos legislativos. Ou seja, o Direito posto já incorporou a moral. Não uma moral privada, mas uma moral da sociedade, pública, compartilhada. Da mesma forma, isso não significa que o juiz deve aplicar cegamente a lei. Poderá deixar de aplicá-la ou fazer isso a partir de novos paradigmas. Mas em momento algum poderá corrigi-la com argumentos morais ou políticos. O Direito é formado em sua gênese pela moral e pela política. Mas não é moral ou político.⁶⁵¹

Nesse fio, dentro da teoria do Direito, que não pode ser contaminada por argumentos morais ou políticos, o processo deve ser visto como um direito subjetivo da parte. Giorg Jellinek, em 1892, apresentou a noção de direito público subjetivo, consistente em uma pretensão jurídica – um querer – do indivíduo, como membro do Estado, que somente poderia ser realizada pelo próprio Estado, dizendo respeito ao interesse geral.⁶⁵²

O direito subjetivo é um direito de caráter individual, mas estabelecido no interesse geral. Estabelecido entre o indivíduo e o Estado, sendo que o indivíduo não pode dele dispor – e muito menos o Estado. Nessa linha, é muito comum a identificação entre direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos.⁶⁵³ Darci Guimarães Ribeiro revela que ocorreu uma mudança paradigmática decorrente do fenômeno constitucional. Sobre o Direito Processual Constitucional afirma:

[...] mais do que permitir o enlace entre Processo e Constituição, revela uma mudança paradigmática na forma de conceber o próprio Direito Processual que passa a ser visto não mais como um simples instrumento de realização do ordenamento jurídico (concepção objetiva) ou dos interesses em conflito (concepção subjetiva), mas como um Direito Fundamental. Essa nova postura permite aos operadores do direito (re)interpretar os institutos processuais à luz da Constituição.⁶⁵⁴

É claro que essa mudança deve ser fundamentada em algo além da autoridade do intérprete, sob pena de se permanecer em uma discussão no âmbito mais superficial da

⁶⁵¹ Conforme já tratado anteriormente, o ativismo, com o significado combatido neste trabalho, consiste na velha tentativa de corrigir moralmente o Direito. O juiz não consegue separar o público do privado. Seu entendimento pessoal sobre o que é ou não certo (ou seja, a sua “moral privada”) passa a ser considerado como se fosse o Direito, muitas vezes indo de encontro ao que prevê a legislação em vigor, que bem ou mal reflete a “moral pública”.

⁶⁵² JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. p. 60-76.

⁶⁵³ Entretanto, autores com Luigi Ferrajoli criticam essa identificação. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 836-839.

⁶⁵⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-78. (rodapé).

ciência, a técnica. Essa nova postura, essa mudança paradigmática, possui uma justificativa, uma origem. A partir do lugar de fala da presente pesquisa, entende-se que ela decorre da recepção dos novos paradigmas que se impõem ao mundo no qual o homem encontra-se jogado.

O processo democrático deve ser entendido como direito subjetivo público da parte frente ao Estado, de cujos elementos constitutivos e definidores, nenhum deles, indivíduo ou Estado, pode dispor ou abrir mão. O processo não serve ao Estado, mas o limita. Deve ser respeitado sempre, para o bem ou para o mal. O processo democrático – em todas as suas implicações – deve ser observado independente do desejo do julgador ou das partes. Trata-se do direito ao *devido processo*, previsto constitucionalmente. O indivíduo possui o direito subjetivo⁶⁵⁵ de exigir do Estado o devido processo.

Nesse sentido, o processo não é um instrumento de “propriedade” do juiz solipsista, que o utiliza para concretizar suas escolhas pessoais, mas, sim, um direito de todos os cidadãos e, por isso mesmo, deve ser respeitado pelo profissional do direito.

O sujeito possui direito subjetivo ao processo, nos termos previstos no ordenamento jurídico. Pode-se dizer que fora das previsões do ordenamento jurídico o processo é “indisponível” aos envolvidos. Não pode a parte abrir mão dele. Da mesma forma, não pode o juiz desconsiderá-lo. Mesmo convencido, ou mesmo diante da confissão, não pode o juiz dispor do processo em sua concepção adequada. O processo democrático é condição de possibilidade para uma decisão adequada, sendo que o Estado, em nenhuma hipótese, está liberado de respeitá-lo. Somente assim estará garantido o direito do cidadão.

Não se pode perder de vista que o processo democrático tem um custo, que deve ser suportado pelas partes e pelo julgador. Esse custo é o respeito à sua forma, mesmo quando se considere desnecessária. Ele é devido sempre. É garantia.

Esse caráter de garantia do processo impede que ele seja visto como “instrumento à disposição do intérprete”, seja para desconsiderar normas/garantias processuais, seja para utilizá-lo como mecanismo que propicia desrespeitar normas/garantias de direito material, bem como, em ambos os casos, criar normas/garantias materiais e processuais. Sendo mais simples: o cidadão possui o direito a um processo que respeite o ordenamento jurídico, não servindo de mera via de acesso para atitudes arbitrárias do julgador.

⁶⁵⁵ Ariel Álvarez Gardiol refere que uma das formas de se definir o direito subjetivo é como “[...] la situación en que se encuentra una persona que, mediante una declaración de voluntad, expresada jurídicamente, puede exigir de otra el cumplimiento de su deber y obtener, en su defecto, una sanción contra el infractor aplicada por el órgano del Estado. [...]”. GARDIOL, Ariel Álvarez. **Manual de introducción al derecho**. Rosario: Juris, 1995. p. 75.

Decisões judiciais que, a critério do juiz, concluem que o descumprimento do “devido processo” não acarretou prejuízo à parte, desconsideram esse filtro. Não reconhecem o processo como direito das partes frente ao Estado. Pelo contrário, representam o retorno ao tempo em que o Estado-juiz agia livremente, conduzindo o processo segundo o seu entendimento pessoal e privado.

Insiste-se: o processo não pode ser pensado como simples meio para atingir um fim. Esse entendimento serve para justificar muitos abusos com a alegação de que os fins justificam o desrespeito dos meios. Cada vez mais tudo é permitido desde que seja no interesse-fim do processo, a aplicação do direito material.

Mas o processo não é um simples meio. Como visto, o processo representa a disciplina da atividade estatal, criado para evitar a atuação abusiva do Estado. A parte possui direito ao processo, ou melhor, ao devido processo.

Não se está negando a diferença entre direito material e processual. O que se está afirmando é que o “devido processo legal”, embora estudado nas disciplinas processuais, é um direito subjetivo da parte. Ou seja, o indivíduo possui o direito subjetivo a que o juiz obedeça à legislação processual.

Em todo o processo, o juiz deve se dar conta de que não dispõe das regras processuais. O Estado-juiz não possui direito ao processo, o qual pertence ao indivíduo. O Estado tem o dever de obedecê-lo. O processo deve ser visto como um direito da parte frente ao Estado-juiz, que possui o dever de respeitá-lo como direito da parte.

Assim, o intérprete deve se dar conta de que o processo entendido como direito da parte é pré-conceito legítimo que deve guiar a interpretação adequada. Ao refletir sobre a sua compreensão, deve o intérprete verificar se o processo foi tratado a partir da visão ora proposta, ou seja, considerando o processo como um direito da parte, em relação ao qual as partes ou o juiz não possuem poder de disposição para além do previsto no ordenamento jurídico. Da mesma forma, ao analisar uma decisão, os envolvidos também devem percorrer esse caminho para verificar sua adequação, podendo, caso necessário, constranger o Poder Judiciário a respeitar o devido processo, exigindo respeito ao direito subjetivo.

O caminho contrário implica evidente arbitrariedade. O processo volta a ser tratado como instrumento à disposição do intérprete, o que, como visto nessa pesquisa, ganha maior gravidade quando se considera a decisão judicial. Ao não considerar o processo como direito da parte, o julgador pretende-se dono do processo, o qual é considerado um mero instrumento de trabalho sobre o qual possui pleno poder de disposição, muitas vezes viabilizando entendimentos que desconsideram a importância do processo como direito da parte, com

relativização de direitos considerados pelo “senhor do processo” como empecilho para a aplicação da lei. Não são poucos os exemplos.

5.3 CONCLUSÃO PARCIAL

O presente capítulo final possuiu como objetivos diagnosticar o motivo pelo qual o processo ainda é tratado de forma muitas vezes equivocada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, bem como apresentar uma proposta que contribua para o enfrentamento do problema.

Nessa linha, foi possível verificar que o “ovo da serpente” (Streck), ou seja, o problema fundamental, reside na não superação da filosofia da consciência, a qual, conscientemente ou não, permanece povoando a mente dos profissionais do Direito. Não se conseguiu receber o novo. Uma das maiores demonstrações dessa não recepção está na insistência na adoção do “livre convencimento”, em que o intérprete não encontra limites para a sua decisão, decidindo de forma livre.

No decorrer do capítulo, verificou-se que a alegação de que a vedação ao livre convencimento impediria o sujeito de interpretar é incorreta. O verdadeiro combate está situado no impedimento ao juiz de criar o Direito, o que não ocorre quando, diante da ausência de regras, atua para tornar efetivos direitos constitucionalmente consagrados.

Da mesma forma, foi possível constatar que a alegação de que o dever de fundamentação impediria os excessos não é correta. Verifica-se com tranquilidade que em muitos casos a “fundamentação” constitui-se, na realidade, em mera retórica, como regra efetuada através do recurso a metanormas (proporcionalidade, ponderação, dignidade da pessoa humana...), ou seja, “fundamentos” *escolhidos* livremente pelo intérprete e que se constituem em mero álibi teórico, na medida em que *significam* o que o intérprete desejar, servindo para justificar qualquer decisão.

Ainda, foi possível constatar, inclusive, que doutrinadores alegadamente críticos da criação do Direito pelo juiz utilizam-se de metanormas para esconder atividade flagrantemente de criação do Direito. Ou seja, através do recurso a metanormas – de escolha e significação subjetiva – acabam por criar ou desconsiderar o Direito legitimamente posto, embora neguem que o façam.

Diante do diagnóstico efetuado, e partindo da conexão filosófica proposta, concluiu-se que somente ocorrerá uma adequada descoberta do sentido do texto processual quando se considerar o processo a partir dos paradigmas legítimos entregues pela tradição. Esses

paradigmas herdados constituem o núcleo fundamental do processo como unidade, o que independe do direito de fundo. Em seu núcleo fundamental, existe apenas um processo, ou melhor, somente uma compreensão adequada sobre o processo. São os paradigmas herdados que constituem o núcleo fundamental e unitário do processo e, portanto, o definem.

Assim, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, e diante da realidade constatada, propõe-se uma nova concepção de processo, compreendido como *processo democrático*, o qual se constitui como condição de possibilidade para a compreensão, representando elemento integrante da pré-compreensão do intérprete, o qual deve ser conformado pelos paradigmas legítimos entregues pela tradição. O *processo democrático*, portanto, possui sua unidade fundamental nos paradigmas estudados. Ele representa o *modelo processual democrático*, superando – sem nunca desconsiderá-los - todos os modelos processuais – civis ou penais – do passado.

Somente com o atravessamento do processo, como unidade, por essa reflexão filosófica, que será possível a construção de uma democracia pelo processo, afastando muitos dos problemas antes relatados e decorrentes da não superação de paradigmas ultrapassados.

Nessa linha, para descoberta dessa adequação do conteúdo do processo aos paradigmas legítimos, foi proposta uma tripla filtragem para fins de orientar o intérprete, servindo também como parâmetro para fiscalizar a atuação do intérprete/decisor. Os filtros propostos referem-se àquilo que se considera como o núcleo fundamental que constitui o processo herdado pela tradição e que deve legitimamente orientar o intérprete. Ao interpretar/decidir, o intérprete deve submeter sua compreensão a uma espécie de filtragem, de confronto com os paradigmas “filosóficos”, “constitucionais” e de “teoria do Direito”, identificando se os paradigmas que lhe orientaram na descoberta da norma, do sentido, são legítimos ou não.

No *filtro filosófico* o intérprete analisará se foi observada a linguagem pública, em que os sentidos decorrem da história compartilhada – e não de essências ou do subjetivismo. Interpretações que desconsideram a linguagem pública e conferem ao texto processual sentidos baseados em entendimentos pessoais (morais, sociais ou políticos) não superam esse filtro.

No *filtro constitucional* deve ser verificado se o processo observou a forma (procedimento, legitimidade...) e o conteúdo constitucional (legado democrático), garantindo que a interpretação tenha legitimidade formal e material. Interpretações que ignoram ou vão de encontro à legislação, muitas vezes criando ilegitimamente o Direito, implicam não superação desse filtro.

Por fim, o *filtro da teoria do Direito* implica verificar se a decisão foi tomada dentro de uma teoria do Direito ou a partir de elementos políticos/sociais. Da mesma forma, deve-se indagar se o processo foi considerado com direito subjetivo das partes, existindo como garantia destas – e não como mero instrumento à disposição do juiz. Assim, interpretações baseadas em argumentos de política, em que a moral – privada – exerce função corretiva do Direito, justificando entendimentos sobre o que deveria ser o Direito (e não sobre o que ele efetiva e legitimamente é – para o bem ou para o mal), bem como que não consideram o processo como um direito da parte e encontram no fim do processo (os fins justificam os meios) a justificativa para não reconhecer a violação de direitos e garantias legais, não passam por este filtro.

Uma interpretação adequada, atenta ao processo democrático, deve superar a filtragem proposta. A não superação dessa filtragem indica que o processo encontra-se desvirtuado, afastado como elemento do constitucionalismo democrático e a interpretação não é adequada.

Observe que todos os filtros destinam-se, ao fim e ao cabo, para combater um único grande mal, o “ovo de serpente” referido por Lenio Streck, representado pela permanência da “filosofia da consciência” no imaginário dos juristas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou investigar como o processo é tradicionalmente tratado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, bem como verificar, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, se o tratamento dispensado é adequado aos novos paradigmas entregues pela tradição.

Para tanto, inicialmente foi necessário apresentar o fio condutor da presente reflexão, qual seja, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Em apertada síntese que interesse ao momento, ela ensina que a compreensão do intérprete é limitada pelos pré-conceitos que povoam a sua pré-compreensão. Esses pré-conceitos são herdados pela tradição compartilhada. A tradição é compreendida como “entrega”, como transmissão de um legado histórico de uma comunidade. É a tradição que entregará ao intérprete os preconceitos que compõem a pré-compreensão e que são condição de possibilidade para a compreensão. Além de viabilizar a compreensão, esses elementos históricos legados limitam a interpretação, na medida em que devem ser observados pelo intérprete em sua atividade, servindo de parâmetro para que o adequado sentido seja obtido. Esta tradição vem ao intérprete através da linguagem. É a linguagem que revela a tradição.

Nessa linha, foi possível verificar que a tradição entregou a superação da linguagem privada pela pública. A linguagem privada, fruto da filosofia da consciência, é ultrapassada pela linguagem pública, em que os sentidos não pertencem ao intérprete, mas, sim, são forjados a partir de um legado histórico compartilhado. O intérprete não é livre para conferir na interpretação o sentido que bem entender (ou seja, está limitado a padrões normativos jurídicos).

Como consequência dessa evolução paradigmática na filosofia foi demonstrado que, na interpretação do Direito, a tradição legou a superação do paradigma sujeito-objeto, representado pela metafísica objetivista clássica e subjetivista moderna. Não mais se admite a relação sujeito-objeto, em que o sujeito ora era assujeitado (metafísica clássica), ora assujeitava a coisa (filosofia da consciência). Agora, existe uma relação entre os sujeitos, um mundo compartilhado que serve de ponto de partida. Trata-se da intersubjetividade, na qual os sentidos públicos são definidos nas relações históricas entre os indivíduos, sujeito-sujeito.

Na sequência, procurou-se apresentar outros legados. Foi possível perceber que a história compartilhada, depois de muitas mudanças, legou um Estado Democrático de Direito. Obedecer à democracia deve implicar minimamente o respeito à legitimidade, ao conteúdo e ao procedimento democraticamente estabelecidos. Ou seja, o respeito à democracia implica

que aqueles *legitimados* para fazer pautem sua atuação pela observância das regras e valores constitucionais democráticos, seja na observância dos *procedimentos* previstos, seja no *conteúdo* decisório.

Em estrita relação com esta forma de Estado, foi apresentada a evolução do processo, inicialmente vinculado ao direito privado e a uma ideia autoritária, para uma concepção pública, o *processo democrático*, marcado pela observância dos princípios constitucionais e avesso a arbitrariedades, com interdependência, participação, pensado como limite à atuação do Estado e como direito das partes. Assim, foi possível perceber que a história compartilhada legou o Estado Democrático de Direito e, como consequência, um *processo democrático*. O processo democrático é condição de possibilidade para a própria compreensão. É ele pré-conceito legítimo que deve estar na pré-compreensão do intérprete ao tratar do processo. É esse olhar filosófico que se deseja.

Ainda, após apresentar o lugar de fala da presente pesquisa, qual seja, a Crítica Hermenêutica do Direito, e partindo do caminho por ela proposto, foi demonstrado que as entregas efetuadas pela tradição e desenvolvidas anteriormente não foram recebidas. Ou seja, não guiam, orientam ou limitam a atuação do intérprete.

A linguagem pública e a intersubjetividade são muitas vezes desconsideradas, sendo que o intérprete atribui ao texto um sentido privado, ou seja, aquele que decorre de seu entendimento pessoal. A doutrina e os tribunais ainda trabalham, majoritariamente, com o processo pensado a partir de paradigmas ultrapassados, entendido, em síntese, como um instrumento à disposição do magistrado, não se dando conta – ou expressamente negando – que atualmente se vive sob a égide de novos paradigmas.

Da mesma forma, restou demonstrado que o caráter democrático do processo é colocado de lado, com decisões judiciais que usurpam a competência do Parlamento, muitas vezes ao ponto de definir judicialmente o conteúdo Direito. Como se não bastasse, o viés democrático também é desconsiderado, com decisões nitidamente subjetivistas, muitas vezes tomadas por critério de maioria e não por princípios. Ainda, o próprio procedimento é arbitrariamente superado por propósitos pessoais e/ou políticos.

Por fim, foi possível perceber que o processo caminha – embora a passos lentos – para receber alguns elementos adequados aos novos paradigmas. Como exemplo, pode-se verificar que o atual Código de Processo Civil afastou o livre convencimento e determinou o respeito à coerência e à integridade do Direito.

Ao buscar a causa dessa não recepção ou, como prefere Lenio Streck, o “ovo de serpente”, foi apurado que o problema fundamental reside na não superação da filosofia da

consciência, que permanece povoando a mente dos profissionais do Direito. Não se conseguiu receber o novo. A superação do absoluto metafísico representou a assunção do sujeito da modernidade (solipsista). E daí não se foi adiante. Ficou-se refém desse paradigma ultrapassado. Livre convencimento, fundamentações meramente retóricas, criação de novos direitos pelo juiz, entre outras situações, demonstram que os paradigmas legítimos herdados não foram recebidos.

É preciso libertar o intérprete dessas amarras. É preciso descortinar um novo caminho, onde se passe a compreender adequadamente, ou seja, a partir dos novos paradigmas. Nesse cenário, a reflexão filosófica, como caminho para o conhecimento, cumpre importante papel.

Assim, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito e diante da realidade constatada, foi proposto um novo conceito de processo, entendido, em sua unidade, como elemento da pré-compreensão, portanto, como condição de possibilidade para compreensão, composto pelos paradigmas legítimos entregues pela tradição. Trata-se do *processo democrático*, o qual possui sua *unidade fundamental* nos paradigmas legítimos entregues pela tradição e na Constituição Federal, representando o modelo processual democrático constitucional que supera todos os modelos processuais – civis ou penais – do passado.

Nessa linha, para essa adequação do conteúdo do processo aos paradigmas legítimos, foi proposta uma tripla filtragem para fins de orientar o intérprete/decisor, servindo também como parâmetro para fiscalizar sua atuação. Ao interpretar/decidir, o intérprete deve submeter sua compreensão a uma espécie de filtragem, confrontando com as perspectivas “filosóficas”, “constitucionais” e de “teoria do direito”, identificando se os paradigmas que lhe orientaram na descoberta da norma, do sentido do texto, são legítimos ou não.

A não superação dessa filtragem indica que o processo encontra-se em desacordo com o constitucionalismo democrático, e que a interpretação não é adequada.

Nessa trilha, os principais resultados obtidos foram os seguintes:

- a) a visão do processo, despida de conteúdo filosófico, mesmo quando considera o texto constitucional, potencializa uma ausência de limites na construção do sentido, isto é, da norma aplicável. Nesse cenário, o intérprete não possui compromisso com os paradigmas herdados da história compartilhada, muitas vezes extraindo o sentido a partir de visões subjetivas ou de paradigmas ultrapassados;
- b) pode-se falar em uma indisponibilidade histórica dos sentidos. Eles não pertencem ao intérprete. Os paradigmas que servem à construção dos sentidos são as verdades que a comunidade comunga em um constante diálogo com a tradição;

- c) o intérprete deve se dar conta dos paradigmas legítimos que devem orientar a sua compreensão. Paradigmas ultrapassados devem ser afastados, uma vez que constituem pré-conceitos ilegítimos. Por sua vez, os paradigmas entregues pela tradição, resultantes da evolução da história compartilhada, devem ser observados como legítimos;
- d) somente ocorrerá uma adequada construção do sentido do texto processual, da norma, quando o intérprete partir dos paradigmas entregues pela tradição. São eles que “darão o mundo” a partir do qual o intérprete deve considerar adequadamente o processo (direitos, garantias etc.). O próprio texto constitucional deve ser compreendido a partir dos paradigmas legitimamente herdados, sob pena de uma incorreta compreensão;
- e) a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, de matriz filosófico-hermenêutica, pode-se afirmar que o processo adequado aos paradigmas entregues pela tradição (e que não estão à disposição do intérprete) é elemento da pré-compreensão e, portanto, condição de possibilidade para a compreensão;
- f) embora se reconheça que o processo possui suas especificidades decorrentes do direito material, é possível afirmar que o processo possui uma *unidade fundamental* comum, a qual, na linha da proposta, é composta pelos paradigmas que a tradição entregou, herdados da histórica compartilhada. Assim, os paradigmas que orientam a compreensão do intérprete de forma geral e no processo são os mesmos, não havendo que se falar em mais de uma forma de compreender;
- g) entre os principais paradigmas encontram-se o filosófico, o constitucional e o da teoria geral do Direito, na forma analisada anteriormente. Assim, esses paradigmas constituem o núcleo do processo. Eles definem o processo. São o conteúdo do processo que compõe a pré-compreensão do intérprete;
- h) não se pode pensar o processo afastado dos paradigmas que foram entregues pela tradição. Assim, importante a proposta de uma *concepção unitária* do processo, como *processo democrático*, entendido como elemento da pré-compreensão (condição de possibilidade que conformará a compreensão) e que possui sua unidade construída através dos influxos paradigmáticos entregues pela tradição;
- i) para a descoberta dessa adequação do conteúdo do processo aos paradigmas legítimos, ou seja, para que se verifique a presença de um efetivo *processo democrático*, é fundamental que o intérprete confronte a sua compreensão inicial com os paradigmas que devem legitimamente guiá-la. Para auxiliá-lo, propõe-se

que o intérprete – e aquele que deseja o controle de sua atuação – submeta sua compreensão sobre o processo a uma tripla filtragem, composta pelos paradigmas principais que devem orientar o intérprete. Lembrando que, como ensina Gadamer, o problema não é possuir pré-juízos, mas, sim, não se dar conta deles. Desse modo, deve-se confrontar a compreensão/decisão com os paradigmas legítimos;

- j) a superação dessa filtragem implica a conclusão de que a interpretação foi adequada, na medida em que considerou o processo – unitário – a partir dos paradigmas entregues pela tradição. É esse atravessamento do processo, como unidade, por essa reflexão filosófica que permite a construção de uma democracia pelo processo, afastando muitos dos problemas antes relatados e decorrentes da não superação de paradigmas ultrapassados. Em sentido oposto, a não superação dessa filtragem indica que o processo está sendo tratado de forma inadequada, ou seja, não se está diante de um *processo democrático*.

Neste ponto, diante da pretensão inicial, entende-se devidamente cumprida a missão escolhida, no sentido de aproximar *Filosofia e Direito*, mais especificamente a Filosofia e o processo, através de uma visão filosófico-hermenêutica do processo, que considera este como condição de possibilidade para a compreensão e com conteúdo indispensável e indisponível – e isso é extremamente importante – ao intérprete.

Sem dúvida, vive-se uma crise de paradigmas. Interpretações baseadas no objetivismo clássico ou forjadas no subjetivismo da modernidade são comuns. E poucas interpretações com base no paradigma contemporâneo da intersubjetividade são verificadas.

Somente o foco na qualidade da interpretação – e a filtragem caminha nesse sentido – permite que se enfrente essa crise. Se o processo possui problemas – e todos reconhecem que sim –, talvez seja necessário visualizá-lo por outra perspectiva. A Crítica Hermenêutica do Direito é a proposta nesta reflexão.

Por evidente, não se pretende afirmar que a filtragem apontada é a solução única e definitiva para que se tenha um processo verdadeiramente adequado e legítimo. Mas é uma contribuição e, talvez, para os olhos bondosos, um avanço, servindo para ampliar o *constrangimento epistêmico* tão almejado pela Crítica Hermenêutica do Direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isso – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 23 set. 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Fundamentos do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória - ex officio judicis na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 3, p. 49-75, 2009.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- APEL, Karl-Otto. **Transformações da filosofia 2: o a priori da comunidade da comunicação**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal**. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 1976.
- AROCA, Juan Montero. Prólogo. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- AROCA, Juan Montero. El derecho procesal en el siglo XX. In: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. **La ciencia del derecho durante el siglo XX**. Ciudad Universitaria, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 2, 1999.

BARNEY, Rachel. Plato on conventionalism. **Phronesis**, Campinas, v. 42, p. 147-150, 1997.

BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEM, Leonardo de. **O processo penal brasileiro e sua matriz inquisitória**. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardodebem/2012/03/27/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BENABENTOS, Omar Abel. **Teoría general del proceso 1**. Rosário, AR: Librería Juris, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOUVERESSE, Jacques. **Wittgenstein: la modernidad, el progreso y la decadencia**. México, DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. **Emenda constitucional de revisão nº 6, de 07 de junho de 1994**. Acrescenta o § 4º ao art. 55 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/ECR/ecr6.htm#art1>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013**. Altera o § 2º do art. 55 e o § 4º do art. 66 da Constituição Federal, para abolir a votação secreta nos casos de perda de mandato de Deputado ou Senador e de apreciação de veto. Brasília, DF, 2013. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc76.htm#art1>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. **Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. **Projeto de lei 8045/2010.** Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 166, de 2010.** Ementa: Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. **Substituto da Câmara dos Deputados ao projeto de lei 8.046-A, de 2010 do Senado Federal.** 2010. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos embargos de divergência em resp nº 279.889 - Al (2001/0154059-3).** Documento: 525558 - Esclarecimentos - Site certificado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292.** Paciente: Márcio Rodrigues Dantas e Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC 313.021 do STJ. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 84.078.** Paciente: Omar coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 32.326.** Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4456613>>. Acesso em 23 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 716.** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 717**. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRUM Guilherme Valle. **Réquiem para o livre convencimento motivado**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://emporio-do-direito.jusbrasil.com.br/noticias/182421645/requiem-para-o-livre-convencimento-motivado>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Librería El foro, 2006. (Colección Clásicos del Derecho).

CABANCHIK, Samuel. **Wittgenstein: una introducción**. 1. ed. Buenos Aires: Quadrata, 2010. p. 57.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**. Tradução de Karina Fumberg. Campinas: LZN Editora, 2003.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANÁRIO, Pedro. Direito não pode ser corrigido por valores morais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 23 set. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Presunção de inocência: citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>>. Acesso em: 17 set. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Brookseller, 1998. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. In: AROCA Juan Montero (Coord.). **Proceso civil e ideologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2003.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2017.

CONTRERAS VACA, Francisco José. **Derecho processual civil: teoría y clínica**. Oxford University Press, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 90, p. 153-173, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 10 out. 2017.

COUTINHO, Jacinto José de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 165-167, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, ano 16, n. 188, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo código de processo penal pede nova mentalidade**. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/single-noticias/noticia/novo-codigo-de-processo-penal-pede-nova-mentalidade/?cHash=cc959cdd632a69ff7ea339e1758a27e3>>. Acesso em 11 jun. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 11-13, jun. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1948. t. 1.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1956.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAMASKA, Mirjan R. **I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo**. Bologna: Il Mulino, 1991.

DEHO, Eugenia Ariano. **Problemas del proceso civil**. Lima: Juristas, 2003.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. [S.l.], 2015.

Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas>>. Acesso em: 23 set. 2017.

DENTI, Vittorio; TARRUFO, Michele. El perfil storico: In: DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho e sociedad democrática**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1973.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espanha: Universidad de Valladolid, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FORNOS, Iván Escobar. **Introducción al proceso**. 2. ed. Managua: HISPAMER, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2013.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 23 set. 2017.
- GARDIOL, Ariel Álvarez. **Manual de introducción al derecho**. Rosario: Juris, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012.
- GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.
- GUASP, Jaime. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Civitas, 1997.
- GUASP, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981.
- GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia I: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2012.
- HECK, Philipp. **Interpretação da lei e Jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e Cia, 1947.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. 4. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 8. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- HOLGUÍN, Magdalena. **Wittgenstein y el escepticismo**. Santiago de Calli (Colombia): Editora Universidad del Valle, 1997.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Invalidades processuais: análise das questões objetivas dos concursos para ingresso na carreira da Magistratura**. Santa Rosa: Coli Gráfica e Editora, 2009.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

- JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.
- JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**: com referência ao CPC/2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans Georg. **Historia y hermenéutica**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.
- LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Leme: CL Edijur, 2012.
- LAWN, Cris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giufrè, 1973. v. 1.
- LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder**: limites da política no estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2.
- MACCORMIK, Neil. H. L. A. **Hart**. 2. ed. Tradução de Claudia Santa Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

- MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 1969. t. 2.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.
- MARTYNIUK, Claudio. **Wittgensteinianas**. Buenos Aires: Biblos, 1997.
- MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Minha Editora, 2010.
- MENGER, Anton. **El derecho civil e los pobres**. Atalaya: Buenos Aires, 1947.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense; Brasília, DF: INL, 1973. t. 2.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. **Estadão**, São Paulo, 29 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. São Leopoldo. 2014. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. Livro eletrônico.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão e história**: uma exploração hermenêutica da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. 161 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000007/00000794.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Moraes da. Alexy, seus defensores e a filosofia como lógica ornamental. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-19/alexey-defensores-filosofia-logica-ornamental>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

PUCHTA, G. F. **Corso delle istituzioni**. Tradotto e preceduto da un discorso da A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia All’Insegna del Diogene, 1854. v. 1.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70071773113** da Sétima Câmara Cível. Apelante: M.A.R.M. Apelado: A.M.L. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 31 de maio de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação crime nº 70011960077**, da Sétima Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público. Apelados: Cleria Teresinha Oliveira de Camargo e Liliana Marcia Gattermann. Relator: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 25 de agosto de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos de declaração nº 70056228216** da Quinta Câmara Criminal. Relator: Francesco Conti, Porto Alegre, 18 de setembro de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70071980320** do Segundo Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Porto Alegre, 07 de abril de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 1997/0090056-8** da Sexta Turma, STJ; Mandado de Segurança nº 70060648540. Sexta Câmara Criminal. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. 15 de julho de 2014.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do direito. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 9, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Tradução de Heber Cardoso. Madrid: Paidós, 2010.

RÚA, Angelina Ferreyra de la; OPL, Cristina González de la Vega de. **Teoría general del proceso**. Córdoba: Advocatus, 2003.

RUSSELL, Bertrand. **Fundamentos de filosofia**. Tradução de Hélio Pólvora. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 60-123, mar./abr. 2004.

SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34 jul/set. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 15 set. 2016.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero F. **Hermenêutica filosófica**: metodologia e apresentação de um percurso temático. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: RT, 2007.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? [S.l.], 2008. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasiliis. **Seqüência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014c. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/04.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal individualista-clássico. [S.l.], 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15715-15716-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. As portarias, o mensalão e o fator Carminha. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-09/senso-incomum-portarias-mensalao-fator-carminha>>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Revista Eletrônica Anima**, [S.l.], 2007. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio; ROCHA, Leonel Severo;

ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 9, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória/ES**, Vitória, n. 7. p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/1.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. [S.l.], set. 2013. Disponível em: <<http://culturaedireito.blogspot.com.br/2013/09/critica-de-lenio-streck-decisao-do-min.html>>. Acesso em: 23 set. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Súmula não vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/lenio-streck-sumula-nao-vinculante-500-supremo-inconstitucional-ilegal>>. Acesso em: 30 set. 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. “O problema é o processo”, Dr. Moro? até Reinaldo Azevedo sabe que não! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao>>. Acesso em: 24 set. 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano, 46, n. 183, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194936/000871256.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 maio 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

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

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Baraúna, 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito, I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito, II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEDY, Gabriel; FREITAS, Juarez. Dissenso no caso *Lochner v. New York* deixou um legado nos EUA. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2>>. Acesso em: 14 maio 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Cartas à Russell, Keynes y Moore**. Madrid: Taurus Ediciones, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 9. ed. Tradução de Marcos G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. 2. ed. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, 2002.