

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA– UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**MARCO ANTONIO VASQUEZ RODRIGUEZ**

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
SOB O ASPECTO DO RACIOCÍNIO LÓGICO-SEMÂNTICO  
DE CONTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA**

MARÍLIA

2015

MARCO ANTONIO VASQUEZ RODRIGUEZ

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
SOB O ASPECTO DO RACIOCÍNIO LÓGICO-SEMÂNTICO  
DE CONTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

MARÍLIA  
2015

RODRIGUEZ, Marco Antonio Vasquez.

A Motivação das Decisões Judiciais sob o Aspecto do Raciocínio Lógico-Semântico de Construção da Norma Jurídica / Marco Antonio Vasquez Rodriguez; orientador: Osvaldo Giacoia Junior. Marília, SP: [s.n.], 2015.

153 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Hermenêutica. 2. Discurso Jurídico. 3. Construção da Norma Jurídica. 4. Motivação das Decisões Judiciais. 5. Hard Cases.

MARCO ANTONIO VASQUEZ RODRIGUEZ

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS  
SOB O ASPECTO DO RACIOCÍNIO LÓGICO-SEMÂNTICO  
DE CONTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: \_\_\_\_\_

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

1º Examinador: \_\_\_\_\_

2º Examinador: \_\_\_\_\_

Marília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

## **Dedicatória**

O presente trabalho é fruto de uma longa reflexão que não seria possível sem as horas afastadas do convívio de pessoas queridas. Sylvia, minha amada mulher, que tantas vezes ficou só para que eu pudesse me dedicar às pesquisas; Nathalia, minha filha adorada, com quem não pude conviver por tantos finais de semana em sua florescente adolescência; Maria Clara, nossa bebê, que esteve presente em meu exame de qualificação, ainda protegida pelo calor do ventre materno, e nasceu poucos dias depois. A essas pessoas, que são a base de toda a construção que pretendo realizar na vida, dedico o fruto desta meditação.

## **Agradecimento.**

Consigno o agradecimento a Taciana, Leninha e Denise, que estiveram presentes em nossa vida acadêmica e cuja simpatia natural levaremos como exemplo para a nossa vida.

Agradecimentos profundos também aos Professores Teófilo de Area Leão Júnior e Ricardo Pinha Alonso, que contribuíram significativamente para a construção teórica deste trabalho, com uma crítica precisa no seminário de pesquisa.

Agradeço imensamente ao tempo do Professor Lauro Frederico Barbosa da Silveira, que compartilhou seu vasto conhecimento de semiótica para enriquecer este trabalho.

Aos Professores Roberto Bueno e José Geraldo Alberto Bertoncini Poker, participantes tanto em nosso exame de qualificação e posteriormente na defesa da dissertação, pelas observações que enriqueceram a finalização deste trabalho, assim como pelas críticas e elogios.

Ao Professor Oswaldo Giacoia Júnior, cuja orientação nos direcionou a navegar no oceano da Hermenêutica, enriquecendo imensamente nossa pesquisa, deixo não só o agradecimento sincero, mas a admiração pelo seu vasto trabalho no campo da Filosofia.

A Deus. Sempre. Toda gratidão.

RODRIGUEZ, Marco Antonio Vasquez. **A Motivação das Decisões Judiciais sob o Aspecto do Raciocínio Lógico-Semântico de Construção da Norma Jurídica**. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2014.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar o fenômeno da construção da norma jurídica na decisão judicial, como forma de construção do saber jurídico na experiência do magistrado. Visando conhecer o objeto de estudo ora apresentado, revisitamos o conceito de hermenêutica a partir das suas principais bases teóricas, situando a hermenêutica em nossos dias a partir do giro linguístico-ontológico. O trabalho faz uma análise panorâmica da teoria do discurso, enquanto percurso gerativo de sentido, definindo a norma jurídica enquanto resultado do esforço hermenêutico realizado a partir do texto jurídico-normativo. A partir da dicotomia hermenêutica e discurso jurídico, passamos a analisar o processo de motivação das decisões judiciais, onde o juiz, enquanto intérprete e ser-no-mundo, percorre o sentido do texto em um horizonte expandido por suas experiências, de modo que a decisão judicial emerge enquanto o relato mais genuíno da aplicação do direito na prática.

**Palavras-Chave:** Construção do Saber Jurídico. Hermenêutica. Discurso Jurídico. Decisão Judicial. Motivação.

RODRIGUEZ, Marco Antonio Vasquez. **A Motivação das Decisões Judiciais sob o Aspecto do Raciocínio Lógico-Semântico de Construção da Norma Jurídica**. 2015. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2014.

### **ABSTRACT**

The present study is main objective to examine the phenomenon of legal rule construction in the judicial decisions, as a way of construction the legal knowledge in the Judge's experience. To get acquainted with the object of study presented here, we revisit the concept of hermeneutics from their main theoretical bases, standing hermeneutics today from the linguistic-ontological turn. The work is a panoramic analysis of the theory of discourse, while generative sense, and sets the legal rule as a result of the hermeneutic effort made from the normative-legal text. From the dichotomy hermeneutic and legal discourse, we analyze the process of motivation of judicial decisions, where the judge, as interpreter and being-in-the-world, runs sense of the text in a horizon expanded by their experiences, so that the judicial decision emerges as the most genuine narrative of the application of the law in the practice.

**Keywords:** Construction of Legal Knowledge. Hermeneutics. Legal discourse. Judicial decision. Motivation.

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>4</b>
<b>DA HERMENÊUTICA .....</b>	<b>4</b>
1. INTERPRETAÇÃO E SUJEITO DO CONHECIMENTO.....	8
2. HERMENÊUTICA E OBJETO DO CONHECIMENTO.....	10
3. DO CONCEITO DE HERMENÊUTICA.....	14
4. TEORIAS DA HERMENÊUTICA .....	16
4.1. <i>Teoria Universal da Hermenêutica: Schleiermacher</i> .....	17
4.2. <i>A compreensão hermenêutica de Dilthey</i> .....	19
4.3. <i>A hermenêutica ontológica de Heidegger</i> .....	21
4.4. <i>A teoria hermenêutica de Gadamer</i> .....	29
5. HERMENÊUTICA JURÍDICA CLÁSSICA.....	34
6. HERMENÊUTICA JURÍDICA: ESTADO DA ARTE EM NOSSOS DIAS.....	37
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>43</b>
<b>DO DISCURSO À NORMA JURÍDICA .....</b>	<b>43</b>
1. PERCURSO GERATIVO DE SENTIDO.....	48
1.1. <i>Nível fundamental</i> .....	51
1.2. <i>Nível narrativo</i> .....	56
1.3. <i>Nível discursivo</i> .....	58
1.4. <i>Nível da manifestação</i> .....	59
2. DO TEXTO À NORMA JURÍDICA.....	60
3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE ENUNCIADO E NORMA JURÍDICA.....	63
4. DEFINIÇÃO DE NORMA JURÍDICA.....	67
5. NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO MENSAGENS .....	72
6. CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	74
6.1. <i>Redução Eidética</i> .....	77
6.2. <i>Fenômenos Semânticos na Construção de Sentido</i> .....	80
6.2.1. <i>Ambiguidade</i> .....	82
6.2.2. <i>Contexto e Situação</i> .....	85
6.2.3. <i>Polissemia, homonomia, sinonímia</i> .....	86
6.3. <i>Antinomias</i> .....	89
7. O DIREITO ENQUANTO UM SISTEMA COMUNICACIONAL.....	91
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>96</b>
<b>DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES.....</b>	<b>96</b>
1. SIGNIFICADO DO TERMO DECISÃO.....	96
2. EXIGÊNCIA DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RELAÇÃO METODOLÓGICA HERMENÊUTICA.....	99
3. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	103
3.1. MOTIVAÇÃO E PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO.....	107
3.2. INFLUÊNCIAS PESSOAIS NA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	109
3.3. NECESSIDADE DE CLAREZA NA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO.....	110
4. CONTROLES HERMENÊUTICOS DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	112
4.1. <i>Decisões diferentes para casos semelhantes</i> .....	115
4.2. <i>Motivação das decisões em casos difíceis</i> .....	125
5. MOTIVAÇÃO ENQUANTO CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO NA EXPERIÊNCIA .....	141
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>149</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>154</b>

## **Introdução**

O fenômeno jurídico é uma manifestação da cultura que se expressa através dos textos jurídico-normativos. Através dos textos é que compreendemos as normas, que por sua vez veiculam tanto os comportamentos socialmente permitidos, proibidos ou obrigatórios, como também estruturam a existência do Estado e suas Instituições, além de disciplinarem procedimentos jurídicos para o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações. Trata-se de um tecido linguístico que por sua vez noticia um sistema lógico e complexo.

É sobre essa estrutura textual que se volta o sujeito cognoscente para conhecer o fenômeno jurídico, seja o jurista em sentido amplo, seja o juiz em sentido estrito no ato de aplicação. Conhecer o direito é interpretá-lo, mais que isso, conhecer o direito é compreendê-lo e aplicá-lo, o que se faz através da hermenêutica enquanto metodologia de conhecimento.

O presente trabalho tem a finalidade de compreender (portanto interpretar) a motivação das decisões judiciais, não somente como uma exigência do Estado Democrático de Direito, mas principalmente como percurso gerativo de sentido do texto jurídico-normativo com o fim de explicação do raciocínio lógico-semântico da construção da norma jurídica na experiência do magistrado. É evidente que a compreensão também faz parte do trabalho dos juristas em sentido amplo, mas para fins deste trabalho, o corte metodológico levou em consideração apenas a observação do fenômeno da aplicação nas decisões judiciais, corte este arbitrário realizado por este mestrando apenas para sintetizar os argumentos de acordo com uma determinada perspectiva. Todavia, o mesmo raciocínio se aplica também às decisões administrativas, ou ainda, a qualquer esforço hermenêutico que se produza a partir de um sistema normativo dogmático, como é exemplo o ordenamento jurídico brasileiro.

Para compreender o fenômeno da motivação das decisões, dentro da perspectiva que nos propusemos, partiremos de uma revisão da literatura que tem por objetivo anotar a posição dos estudiosos acerca de três temas em específico, bem como fornecer à comunidade científica um ponto de vista panorâmico de cada tema, não desbordando, no entanto, de nossa opinião pessoal, pois como veremos ao longo deste trabalho, enquanto intérpretes, não nos desvinculamos de nós mesmos. Assim, dividimos o presente trabalho em três capítulos, cada qual voltado para um dos temas, que ao nosso ver fornecem uma perspectiva global acerca da motivação das decisões enquanto construção do saber jurídico na experiência.

No primeiro capítulo, trataremos do tema da *hermenêutica*, conceituando esse ramo do saber e caminhando pelas quatro principais teorias que contribuíram para o que se denomina hoje a “hermenêutica filosófica” derivada do giro “linguístico-ontológico”. Esta peregrinação pela arte hermenêutica nos auxiliará a entender como chegamos ao atual momento histórico do pensamento acerca da compreensão, o que é fundamental para que possamos desenvolver a motivação das decisões enquanto metodologia hermenêutica de aplicação do direito.

No segundo capítulo, trataremos do tema da teoria dos discursos na linguística, cujo objetivo é compreender o processo gerativo de sentido realizado pelo intérprete na construção do raciocínio lógico-semântico. Assim, o capítulo foi nomeado pelo título “*Do discurso à norma jurídica*”, pois é a partir do texto jurídico-normativo (discurso) que o intérprete constrói o seu sentido (norma). Neste capítulo, apresentaremos uma definição de norma jurídica, onde poderemos, através do texto, compreendê-la enquanto entidade deôntica. Abordaremos, também, neste capítulo, os fenômenos semânticos mais comuns que são observados na construção do sentido do texto e como o direito se apresenta enquanto um sistema comunicacional lógico.

Por fim, no terceiro capítulo trabalharemos o material decorrente dos dois capítulos anteriores, dentro da perspectiva da motivação das decisões enquanto uma exigência democrática do juiz explicitar, através da metodologia hermenêutica, o processo de decisão, assim também como mecanismo de controle das decisões judiciais. Neste capítulo, abordaremos também os possíveis fundamentos que levam os juízes à decisões diferentes sobre casos semelhantes, em uma abordagem crítica da previsibilidade das decisões e da segurança jurídica, bem como a utilização da motivação das decisões para justificar as decisões judiciais nos casos difíceis (*hard cases*).

O presente trabalho foi desenvolvido sob a influência de cinco vertentes de pensamento, a saber, a escola do construtivismo lógico-semântico, conforme é nomeada entre nós pelo Prof. Paulo de Barros Carvalho, que tem como pressuposto uma hermenêutica analítica e que toma o fenômeno jurídico como linguagem lógica, onde o papel do intérprete é atribuir valores aos significados do texto jurídico-normativo, construindo a norma jurídica a partir dos textos mediante uma operação de raciocínio lógico-dedutivo. A segunda vertente, encontra na dogmática jurídica – conforme proposta a partir da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen – a compreensão do fenômeno jurídico através da sua normatividade, vale dizer, o direito é norma, que por sua vez não se confunde com os textos jurídico-normativos, de modo que o trabalho do intérprete é construir a normatividade a partir do texto, contudo, o

texto é primazia do discurso enunciado pelo legislador. A terceira vertente vai ao encontro das contribuições da linguística para com a teoria do discurso e ao percurso gerativo de sentido, onde os estudos da semiótica avançam para propor novos ângulos para obter as significações da linguagem. A quarta vertente corresponde à hermenêutica filosófica derivada do giro linguístico-ontológico que se desenvolveu a partir das obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Tais influências são a base na qual deve se assentar o ato de aplicação do direito, através de seu raciocínio e explanação pelo discurso da motivação da decisão. Por fim, a quinta vertente encontra no pensamento de Michael Foucault uma demonstração que o discurso vigente nas relações de poder que perpassam a sociedade, tais como as relações políticas, culturais, econômicas, religiosas etc., trazem uma moldagem das possíveis decisões judiciais no ato de aplicação, eis que o juiz enquanto ser temporal, sempre estará preso às relações de poder que dominam o discurso do seu tempo.

Por fim, vale um esclarecimento: ao utilizarmos o termo “decisão” nesta dissertação, o fazemos apenas para abrangência das decisões terminativas e interlocutórias, independentemente das instâncias em que são proferidas, excluindo-se os despachos de mero expediente. Em que pese o corte metodológico excluir as decisões administrativas, o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho também lhes é pertinente.

## CAPÍTULO I DA HERMENÊUTICA

A tradição jurídica brasileira teve início no século XIX. Através da lei editada pelo Imperador D. Pedro I do dia 11 de Agosto de 1827, foram criadas as primeiras escolas de Direito no Brasil, sendo a primeira instalada na Cidade de Olinda, no Estado de Pernambuco, e a segunda instalada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo. Referida lei, além de criar o curso de ciências jurídicas e sociais, nomeava nove “lentes proprietários” para a regência de nove cadeiras, em cinco anos de curso. Assim, os professores que lecionaram em nossas primeiras faculdades de direito – *professores lentes* – eram formados na secular tradição da Escola de Coimbra, e o conteúdo das suas aulas era a mera leitura das leis (daí porque *lentes*), que salvo os poucos textos jurídico-normativos editados no início do Império, ainda eram as leis portuguesas ou códigos eclesiásticos.

A tarefa dos *lentes* era difundir o conhecimento das leis para os estudantes de direito, posto que estes seriam os futuros ocupantes dos cargos burocráticos e políticos de um Império recém-nascido, que apenas três anos antes havia declarado sua independência do Reino de Portugal. Tratava-se de *ler e decorar* os textos legais, em especial as leis que criavam as Instituições do Estado Imperial. Contudo, conforme as nove cadeiras criadas pela lei de 11 de Agosto de 1827, a academia carecia do ensino do exercício fundamental da tarefa do jurista, ou seja, pensar o direito, aperfeiçoá-lo e reproduzi-lo em tecido social tão heterogêneo quanto o Brasil naqueles dias.

Cerca de quase dois séculos se passaram, e pouco se alterou no sistema do ensino jurídico, uma vez que a Academia, salvo raríssimas exceções, ainda manteve o método dos *lentes*, trazendo a Codificação para o conhecimento do aluno, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, incisos e alíneas, pois é isto que lhe será exigido nos exames de qualificação para as carreiras jurídicas. A carga horária do currículo escolar, dedicada à filosofia do direito, à lógica jurídica, à hermenêutica, enfim, às disciplinas que levam o aluno a pensar criticamente o direito enquanto arte e ciência, infelizmente, no contingente de cerca de 1240 Faculdades de Direito (estatística da Ordem dos Advogados do Brasil em 2010), é insuficiente. Em que pese a hermenêutica, enquanto disciplina autônoma, ser adotada nos cursos jurídicos, em alguns casos como disciplina obrigatória e em outros como disciplina optativa, o fato é que muitos cursos jurídicos tratam a hermenêutica superficialmente em disciplinas propedêuticas, como é o caso da Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia do Direito. No mais, o que temos nas

matrizes curriculares é a velha metodologia de ensino dos professores lentos: ler, conhecer e “decorar” a lei.

Há muito que se observa que a Academia tem formado técnicos, cujo papel é tão somente formular peças jurídicas de acordo com uma específica necessidade, buscando aplicar aos casos concretos do cotidiano os conhecimentos auferidos durante os cinco anos do curso jurídico. A carente formação no conteúdo lógico e filosófico, no entanto, afasta o técnico da relevante função social da hermenêutica, de modo que não é raro o desserviço prestado pelo direito na experiência da vida social, muitas vezes não garantindo os valores éticos que emanam da ordem jurídica em um recém criado Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, diante de um mundo cada vez mais informatizado, onde as máquinas substituem funções binárias com extrema eficiência, processam e interpretam informações em milissegundos, não é difícil enxergar no horizonte do futuro uma substituição das decisões humanas pelas decisões realizadas pela chamada inteligência artificial, que não está sujeita a quaisquer paixões, e uma vez programadas cumprem seu papel sem margem de erro. Utopia ou não, vivemos essa perspectiva. Não é raro também que o técnico, diante de um caso concreto, sirva-se de modelos prontos nos motores de busca (Google, Yahoo, Bing etc.), que são disponibilizados aos milhares, ao invés de buscar soluções no cultivo da arte de interpretar o direito e mediante o esforço retórico da arte da argumentação, produzir peças que cumpram o papel social de atualizar e refundir o sistema interpretado. O universo da informação digital, ao mesmo tempo que colocou à disposição do sujeito cognoscente uma importante fonte de dados para pesquisa, na outra face, deturpou o processo criativo e renovador da arte interpretativa. É urgente revisitar a hermenêutica jurídica enquanto arte, mas ainda mais urgente trazê-la para os bancos da Academia enquanto disciplina autônoma obrigatória para a formação das futuras gerações de advogados, promotores, juízes, entre tantas honrosas profissões jurídicas, o que por certo permitirá uma formação técnica que possa construir sentido ao Direito. Vale, enfim, dizer que interpretar o direito é obter significações e lhe atribuir valores, o que exige do intérprete não só conhecimento e técnica, mas principalmente sensibilidade, nesta bela tarefa que é construir sentido aos enunciados legislativos.

É fato que a existência se confunde com a necessidade do indivíduo construir sentido para o mundo à sua volta. Desde o primeiro instante de vida, quando inalamos pela primeira vez o ar em nossos pulmões, logo nos deparamos com a conturbadora sensação do contato da pele com um novo ambiente. Embora a natureza, através de processos biológicos tivesse nos preparado para o momento do nascimento, o fato é que o recinto aconchegante do ventre

materno foi abruptamente substituído por um absoluto *caos* de percepções. Mesmo que já pudéssemos distinguir os sons no ambiente intrauterino, o volume e intensidade com que passamos a ouvi-los se tornou diferente, e nossos olhos se abriram para a descoberta da luz, para a percepção das cores e formas. Em poucas horas após o parto, o instinto nos provocou uma nova sensação física, que também instintivamente transmitimos através do choro. Assim, nossa fome foi saciada, não antes de sentirmos o paladar do leite materno. Enfim, em nosso primeiro dia de vida, dormimos, apaziguando os estímulos, e durante o sono as informações do novo mundo que se descortinou à nossa volta foram registradas em nossa memória.

Neste caos de percepções, agindo de forma inconsciente e instintiva, nosso cérebro de recém nascidos procurou criar uma *ordem*, e este processo – a que chamaremos neste trabalho de *construção de sentido* ou de *significações* – nos acompanhou em todas as fases de nosso desenvolvimento e perdurou até a fase adulta, nos conferindo ao longo da vida a plena capacidade de observar os objetos da realidade e construir o sentido para produzir sobre eles um dado conhecimento. É fato que a necessidade de ordem nos acompanha individualmente desde a mais tenra infância, e coletivamente acompanha o desenvolvimento das sociedades desde as primeiras peregrinações humanas pela terra. Sem a ordem não existe a possibilidade de referência, portanto a criação da ordem se constitui no elemento fundamental para compreender o mundo a nossa volta, como nos recorda FLUSSER (2007, p. 31), ao afirmar que:

*“uma das ânsias fundamentais do espírito humano em sua tentativa de compreender, governar e modificar o mundo é descobrir uma ordem. Um mundo caótico seria incompreensível, portanto careceria de significado e seria ocioso querer governa-lo e modifica-lo. A própria existência humana não passaria de um dos elementos dos quais o caos se compõe, seria fútil. Um mundo caótico, embora concebível, é portanto, insuportável”.*

Inicialmente através dos sentidos e posteriormente a partir do agir do intelecto, percebemos o mundo à nossa volta e a partir dos dados da realidade construímos significações. Sendo a compreensão uma estrutura ontológica fundamental do ser humano, conforme a concepção de Heidegger, em todo instante estamos compreendendo, de uma forma ou de outra (SCHMIDT, 2013, p. 145), em uma incessante construção de sentido. Assim, se nos deparamos com um semáforo, a luz transmitida pela cor vermelha nos adverte uma obrigação de parar. Há, neste simples exemplo, a percepção visual aliada à significação advinda de uma convenção de que *vermelho* significa *parar*. E esta significação compõe a

*ordem* no trânsito, vital para evitar acidentes, assim como para controlar o tempo e fluxo dos veículos que transitam em direções perpendiculares.

Assim, se por um lado podemos conceber um mundo racionalmente ordenado pela ação do homem sobre o meio ou pelo repositório das experiências humanas depositadas ao longo da história, por outra via há uma forma de ordenamento estritamente particular, desenvolvida na consciência de cada indivíduo e concebida a partir de experiências singulares. Tais experiências, tendo como ponto de partida a percepção, conduz o indivíduo para a observação e análise dos eventos que ocorrem no mundo circundante. Como já dito, através da percepção e dos sentidos, o homem projeta em sua mente uma imagem do objeto do conhecimento, e mediante a construção de uma significação produzida pela linguagem o objeto é compartilhado com a comunidade do discurso. Esta ordenação, compreensão e conceituação que ocorre em nosso íntimo, mediante a rede neural de nosso cérebro, resulta na construção de sentido através da linguagem e nos leva individualmente à compreensão dos objetos, nos auxiliando a estruturar conceitos abstratos e transmiti-los através da comunicação. Assim é que enquanto sujeitos, estamos ligados à linguagem, dela fazemos parte e ela de nós.

Portanto, é a linguagem que sintetiza as nossas construções de sentido. E mesmo objetos *não linguísticos*, como por exemplo uma obra de arte, um monumento, uma estrutura arquitetônica, uma emoção, somente podem ser concebidos a partir do mesmo processo neural da formação da linguagem, associando conceitos às sensações, dentro de um processo de interações cerebrais que manipulam o material recebido pela percepção e pelos sentidos, convertendo-os em dados e os armazenando em nossa memória.

Com efeito, o cérebro humano, em toda a sua complexidade, reveste-se de uma rede neural que é interligada por estímulos. Os modernos estudos do cérebro, apontam que o órgão formula a estrutura da linguagem através da interação de três conjuntos de estruturas neurais. O primeiro conjunto, composto por sistemas neurais dos dois hemisférios do cérebro, representa as interações *não linguísticas* (formas, cores, emoções) entre o corpo e o seu meio, forjando uma representação dos sentidos, sentimentos e pensamentos, decompondo essas representações e criando representações de nível superior, pelas quais gerencia os resultados dessa classificação. Desta forma, ordenamos intelectualmente objetos, eventos e relações. O segundo conjunto, composto por estruturas neuronais menores, geralmente situadas no hemisfério esquerdo do cérebro, representa os fonemas, suas combinações e as regras de sintaxe de ordenação de palavras em frases. Na ação do indivíduo, esses sistemas reúnem as palavras em frases, destinadas à fala ou a escrita, e quando demandado por um estímulo

linguístico externo (ao ouvir uma palavra ou ler um texto), tais sistemas asseguram o processamento inicial das palavras e frases percebidas. Por fim, um terceiro conjunto, também presente no hemisfério esquerdo, coordena os dois primeiros sistemas, produzindo palavras a partir de um conceito ou um conceito a partir de palavras (DAMÁSIO e DAMÁSIO, 2004, p. 1).

E a genialidade humana converte todos esses estímulos em textos, uma representação possível dos objetos da realidade, que por sua vez depositam o conhecimento para que seja apreendido, interpretado e reelaborado pelas gerações futuras, em uma incessante busca de sentido para os objetos da vida, assim como para a vida em si mesma. É neste oceano que navega a hermenêutica, derivando da necessidade do homem em construir sentido para a realidade da vida que o cerca, interpretando os dados desta realidade para formar significações para os objetos. Aplica-se a hermenêutica a toda circunstância interpretável, muito embora seu conteúdo seja mais evidente no domínio dos discursos. De certa forma, porém, podemos dizer que há um conteúdo hermenêutico que se aplica na forma como interpretamos as artes e a música.

Neste estudo, vamos nos ater a hermenêutica do discurso, mais propriamente a hermenêutica do discurso jurídico, enquanto forma de compreensão do texto em sua fusão com o horizonte do intérprete. Para tanto, necessária uma análise histórica e filosófica das teorias da hermenêutica, a fim de que possamos compreender a construção de sentido em nossos dias, diante dos desafios que se apresentam com a aceleração da informação e da sociedade em constante transformação. Todavia, antes de ingressarmos nas teorias filosóficas da hermenêutica, devemos passar por dois conceitos iniciais, relevantes para a compreensão do tema proposto: a concepção do sujeito e do objeto do conhecimento, conforme veremos nos tópicos a seguir.

## **1. Interpretação e sujeito do conhecimento.**

Muito embora a contemporânea teoria hermenêutica procura um afastamento da relação metafísica do esquema *sujeito-objeto*, mesmo nesta teoria não se pode negar que o processo hermenêutico é necessariamente um ato de compreensão, portanto, atributo exclusivo de um *sujeito*. Como veremos mais a frente, a teoria da hermenêutica que define o *status* da arte em nossos dias também parte da concepção de um sujeito do conhecimento, muito embora situe o conhecimento no âmbito da *pré-compreensão*, eliminando, assim, uma objetividade do texto a ser interpretado. Neste trabalho, em que se procura compreender a

motivação das decisões enquanto um percurso de geração de sentido para a construção da norma jurídica, percurso esse que ocorre dentro da proposta de uma hermenêutica filosófica, parece-nos salutar uma abordagem do sujeito do conhecimento, que para este trabalho é o Estado-juiz, o agente político que toma a decisão. Este sujeito cognoscente, enquanto aplicador do direito no âmbito do processo judicial (muito embora esta mesma metodologia se aplique também às decisões proferidas em processos administrativos), é quem se debruça sobre um texto jurídico-normativo para compreendê-lo.

Com efeito, em que pese as críticas da contemporânea teoria hermenêutica, o conhecimento é usualmente definido enquanto uma relação entre um *sujeito* e um *objeto*. Essa dualidade é apontada como necessária para a existência do conhecimento, enquanto uma correlação onde “*a função do sujeito consiste em apreender o objeto, a do objeto em ser apreendido pelo sujeito*” (HESSEN, 1968, p. 26). Essa afirmação, embora de caráter peremptório, pretende definir como fato que é no sujeito que reside a possibilidade do conhecimento, eis que este, mediante uma conduta proativa, se posiciona diante do objeto para compreendê-lo e apreendê-lo.

Por outro lado, o *conhecimento*, distinto do sujeito e do objeto, apresenta-se como uma *imagem* do objeto formada na consciência do sujeito cognoscente. Esta *imagem* ou *significado*, como veremos mais a frente, pode gerar efeitos meramente introspectivos, como também pode ser transmitida pelo sujeito à comunidade, através da comunicação e da linguagem, cujo discurso enunciado passa a ser também interpretado e conhecido por outros sujeitos, formando, assim, um conhecimento preexistente, que mais a frente analisaremos melhor no conteúdo da *tradição*.

É possível também afirmar que o conhecimento assume uma forma vulgar, de acordo com as regras de senso comum, ou seja, aquele “*conhecimento que nos fornece a maior parte das noções de que nos valem em nossa existência cotidiana*” (REALE, 1994, p. 54). Trata-se de uma forma de conhecimento necessária para a sobrevivência, advindo das noções básicas geradas pelos estímulos frente aos objetos da existência. Por outro lado, há uma outra forma de apreender o objeto, onde há uma aproximação do sujeito de forma consciente e estruturada por um método, determinando uma forma qualificada de conhecimento, ou seja, o conhecimento científico. Este conhecimento produzido pelo sujeito, em que está presente a atitude de buscar a essência do objeto, não se confunde com a mera percepção, mas resulta em uma síntese de *ordem* ou uma *classificação*. Sem ordem não existe a possibilidade de referência, portanto a criação da ordem se constitui no elemento fundamental para compreender cientificamente os objetos da realidade, e por sua vez, a classificação, nos

proporciona separar os objetos que apresentam atributos semelhantes em gêneros e espécies, organizando e sistematizando o conhecimento.

Portanto, a existência humana é um incessante *conhecer* e *ordenar*. Seja o conhecimento vulgar ou o conhecimento científico, o sujeito está preso à necessidade de apreender os objetos e formular uma ordem – ainda que introspetiva – para o caos de percepções advindas dos objetos da realidade que o cercam. Por outro lado, há quem afirme que a própria possibilidade do *conhecimento* é que torna o ser humano um *sujeito* e não um objeto do conhecimento, posto que é a capacidade de adotar posição ativa diante dos objetos da realidade, deles participar e compreendê-los, que classifica o ser humano enquanto sujeito. Esta afirmação, à guisa de exemplo, estará presente na teoria do sujeito de direito, que é aquele que está apto a exercer a titularidade de direitos e contrair obrigações.

Ao trabalharmos com a hermenêutica jurídica, cujo objeto está voltado para o discurso jurídico emanado dos textos jurídico-normativos, estamos diante de um sujeito cognoscente necessariamente inserido na linguagem, que se apresenta enquanto uma tradição elaborada e reelaborada ao longo da história, fornecendo um sentido antecipado em estruturas de pré-compreensão, e também é afeito a uma linguagem técnica, representativa de um código linguístico próprio. Este sujeito do conhecimento, diante do texto do direito positivo, que é o objeto a ser conhecido, se propõe a compreender o sentido e alcance do discurso enunciado, dele construindo uma norma jurídica e dela extraindo consequências jurídicas no ato de aplicação.

Chamaremos neste trabalho este sujeito cognoscente de “intérprete” ou “juiz”, na medida em que o corte metodológico adotado pretende compreender o fenômeno da motivação das decisões judiciais. Este intérprete, por sua vez, ainda que falante de uma linguagem técnica, é um ser humano, um ser histórico, um ator social que foi formado por meio de valores éticos, morais e culturais, derivados de uma linguagem preexistente, da qual não pode se despir enquanto aplicador do direito no ato de construção de normas jurídicas.

## **2. Hermenêutica e Objeto do Conhecimento**

A teoria dos objetos tem por princípio que todo e qualquer objeto parte de uma subjetividade, ou seja, o objeto é fruto da percepção de um sujeito cognoscente. Entre sujeito e objeto, conforme alerta HESSEN (1968, p. 26), há uma correlação, de modo que um sujeito só é sujeito para um objeto e o objeto só é objeto para um sujeito, correlação essa todavia que

não é reversível, posto que ser sujeito é distinto de ser objeto. Esta correlação determina que o conhecimento é uma transferência das propriedades do objeto para o sujeito.

A palavra *objeto*, proveniente do latim *objectus*, participio passado de *obicere*, desvela uma ação que pode ser traduzida como “atirar em” ou “lançar contra”, ou seja, aquilo *a que* ou *contra que* a percepção do sujeito é dirigida. A consciência a eles se dirige cognitivamente ou conativamente, sendo o objeto cognitivo qualquer objeto percebido, imaginado, concebido ou pensado. O objeto conativo, por sua vez, é qualquer objeto desejado, pretendido ou evitado. Os objetos não precedem ao discurso, mas nascem com ele. Nasce quando deles se fala, já que o discurso lhes atribui significado (HEGENBERG, 2002, p. 91).

Em que pese uma construção teórica mais contemporânea da hermenêutica basear-se na concepção de que *sujeito e objeto* integram uma mesma realidade ontológica, temos que o processo hermenêutico, enquanto percurso gerativo de sentido, incide sobre um dado objeto da realidade: o texto. Este objeto singular, concebido pela inteligência humana ao longo da história para a transmissão do conhecimento adquirido, guarda em si uma curiosidade. Se de um lado, o texto é objeto a ser explorado pelo sujeito cognoscente, objeto a ser de estudado em seus múltiplos aspectos lógicos, gramaticais e culturais, por outro lado, é ele mesmo discurso acerca de outros objetos. Vale dizer, os objetos da realidade nascem com o discurso, assim, por exemplo, uma *caneta tinteiro* é um dado despersonalizado da realidade, que passa a ser *caneta tinteiro* quando dela falamos. Antes de falarmos dela, era algo em nossa percepção, mas a partir do discurso ela passa a ser não só percebida, mas possível de ser compartilhada e compreendida. Essa noção é tão antiga que remonta ao período do primeiro homem na terra, sendo que Deus, mesmo havendo criado todas as coisas, conferiu a Adão a tarefa de nomeá-las (GENESIS 2: 19-20). A passagem bíblica é extraordinariamente clara para exemplificar que todos os objetos da realidade nascem a partir do discurso e o que não é nominado, apesar de percebido, não pode ser transmitido na cultura.

A tarefa da hermenêutica é, justamente, compreender a significação dos objetos a partir da sua enunciação no discurso. Desta forma, como os enunciados são objetos a serem compreendidos (e aqui não nos reportaremos à questão metafísica do esquema sujeito-objeto), podemos entender que a ciência hermenêutica se desenvolve a partir do texto. Neste estudo, que se volta para a construção da norma jurídica enquanto realidade lógico-semântica, adotaremos a concepção de BAKHTIN acerca do texto enquanto objeto das ciências humanas, ao dizer que:

*“O texto (oral ou escrito) como dado primário de todas essas disciplinas, e, de um modo mais geral, de qualquer pensamento filosófico-humanista (que inclui o pensamento religioso e filosófico em suas origens), o texto representa uma realidade imediata (do pensamento e da emoção), a única capaz de gerar essas disciplinas e esse pensamento. Onde não há texto, também não há objeto de estudo e de pensamento”* (BAKHTIN, 1997, p. 329).

Com efeito, para o referido autor, o interesse das ciências humanas é a história do pensamento. Esta história, por sua vez é orientada para o pensamento, para o sentido, para o significado, manifestações que somente ocorrem na forma de texto. Desta forma, o texto é o ponto de partida para qualquer investigação nas ciências humanas, das quais a Ciência do Direito é parte indissociável. Assim, transpondo-se esta ideia para o campo jurídico, enquanto ciência humana e social, o texto jurídico-normativo é o ponto de partida do jurista na atividade hermenêutica. Vale dizer, a tarefa última da hermenêutica jurídica é a aplicação da norma, essa enquanto objeto jurídico nascerá com a compreensão do discurso, ou seja, a partir dos enunciados do direito positivo, das frases da lei, o intérprete produz a norma, desnudando-a do seu invólucro, atribuindo sentido ao texto e conferindo as consequências inerentes à composição da norma jurídica em sua estrutura completa de hipótese e consequência.

Mas sendo o texto jurídico-normativo objeto de conhecimento do jurista, é salutar questionarmos que tipo de objeto é o direito. Dentro da teoria dos objetos temos os *objetos naturais* e os *objetos ideais*, que na ontologia *“é tudo aquilo que é sujeito de um juízo lógico, ou a que o sujeito de um juízo se refere”* (REALE, 1994, p. 177). Daí porque evidente a existência de um sujeito em correlação com o objeto nesta concepção preliminar. A partir desta dicotomia, os objetos naturais se dividem em duas classificações, ou seja, que os concebe entre *objetos físicos* e *objetos psíquicos*, os primeiros são os objetos naturais, pertencentes ao mundo físico, como os gases, os metais, os animais etc., que são concebidos pela percepção do sujeito através de uma referência de espaço-tempo. Tais objetos, por sua vez, são percebidos pelo sujeito como distintos do ato perceptivo. A segunda classificação diz respeito aos objetos concebidos no plano da consciência do sujeito, e que só podem ter dimensão no tempo e jamais no espaço, a exemplo dos desejos, das emoções, daí porque são denominados *objetos psíquicos*. Ambos são classificados como objetos da natureza, pois não são construídos pelo homem como resultado da própria vontade. Por outro lado, o elemento comum entre tais objetos é o princípio da *causalidade*, posto que percebemos tais objetos como nexos constantes de antecedentes e consequentes, e ambos são verificáveis na experiência.

A dicotomia aponta também para os objetos ideais. Estes objetos não estão situados na premissa de espaço-tempo, pois são entidades abstratas, a exemplo de uma forma geométrica ou um de um silogismo. Estes objetos existem enquanto objetos pensados, produto da mente humana. Tais objetos são estudados essencialmente nas ciências exatas, a exemplo da matemática, da lógica e da física. Embora pensados pelo homem, os objetos ideais não se confundem com o processo psíquico em que são concebidos, e portanto, não decorrem de algo empírico.

Com base na dicotomia dos objetos naturais e ideais, muitos estudiosos tentaram situar o Direito em uma das duas categorias. Uma primeira corrente, com base na psicologia, almejou situar o direito enquanto um objeto natural, uma vez que os textos jurídico-normativos seriam decorrentes do interesse dos homens, movidos por desejos e vontades. Sendo o interesse um objeto psíquico, o Direito seria um objeto da natureza. Essa posição é criticada por REALE (1994, p. 181):

*“Não se pode contestar o alcance do elemento psicológico na gênese e desenvolvimento da vida do Direito, mas nos parece absurdo pretender focalizá-lo segundo o ângulo exclusivo da Psicologia empírica, como se o Direito todo não constituísse senão uma trama de atos explicáveis segundo critérios estritamente psicológicos”.*

De outro lado, o Direito também é pensado enquanto um objeto rigorosamente ideal, principalmente a partir dos estudos de Hans Kelsen, que compreendia o direito como uma ciência pautada em normas, assim entendidas enquanto juízos lógicos, concebidas a partir de estruturas lógico-formais decorrente dos textos do direito positivo. Há traços também na idealidade do fenômeno jurídico a partir dos estudos de Edmund Husserl, autor da teoria dos objetos, traços esses que relembram que as normas jurídicas são de natureza puramente ideal, na medida em que permanecem em vigor independentemente dos subordinados (REALE, 1994, p. 186).

Para além dos objetos naturais e ideais, dicotomia básica da teoria dos objetos, podemos falar também em *objetos culturais* e *objetos metafísicos*. Esses últimos, por demandarem a crença e a fé, não são verificáveis cientificamente, de modo que *a priori* os textos jurídico-normativos não podem se enquadrar nessa categoria de objetos. Resta, portanto, uma abordagem acerca do direito enquanto objeto cultural, dado que é característico de tais objetos a presença de um elemento axiológico fundamental. Esta proposta recebeu território fecundo no Brasil, que teve em Miguel Reale seu principal estudioso. Com efeito, a partir da distinção entre o mundo dado (natural) e o mundo construído (cultural), onde através

da intervenção humana se acrescenta algo à natureza e através do conhecimento das leis naturais, visando atingir determinado fim, o jurista e filósofo brasileiro propõe que o direito, enquanto proposição do mundo ético, essencialmente valorativa, é um objeto cultural. Conforme leciona:

*“É com base nas apreciações ou valorações econômicas, sociológicas, históricas, demográficas etc. que o legislador (ou, mais genericamente, o político) projeta normas, sancionando as que considera devam ser obedecidas. Quando, pois, uma lei cultural envolve uma tomada de posição perante a realidade, implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento, temos propriamente o que se denomina regra ou norma.”* (REALE, 1993, p. 29).

Interessante quadro didático é proposto por CARVALHO (2011, p. 17), onde os objetos físicos e naturais são reais, manifestam-se no tempo e no espaço, podendo ser recolhidos pela experiência através de leis físicas e tendem a uma neutralidade axiológica, por sua vez, nos apropriamos de tais objetos pela *explicação*; já os objetos ideais são irrealis, não se inserindo em coordenadas de tempo e espaço, de modo que não são verificáveis empiricamente e também tendem a uma neutralidade axiológica, referidos objetos são apropriados pela *intelecção*; os objetos culturais são reais, situam-se em coordenadas de espaço-tempo e, portanto, suscetíveis à experiência, sendo valorados positiva ou negativamente, e conhecemos de tais objetos através da *compreensão*; e, por fim, objetos metafísicos, que são reais, tendo existência no tempo e no espaço, todavia não podendo ser conhecidos pela experiência, ainda que sejam valiosos positiva ou negativamente, contudo, não é possível nos apropriar de tais objetos a não ser pela *crença*.

Verifica-se, portanto, que a hermenêutica, enquanto metodologia, incide sobre um objeto: o texto. Este objeto, por sua vez, é compreendido pelo intérprete. Trata-se, dadas as suas características de um objeto cultural, cuja apreensão pelo sujeito cognoscente se dá por uma aproximação empírico-dialética, vez que tais objetos situam-se na realidade e seu conhecimento pressupõe inúmeras idas e vindas da base material ao plano dos valores e destes para a concreção da entidade física que é examinada (CARVALHO, 2011, p. 18).

### **3. Do conceito de hermenêutica.**

Sabemos que a hermenêutica se desenvolve a partir de um texto, cujos símbolos devem ser compreendidos pelo sujeito cognoscente. O universo da comunicação é inexoravelmente simbólico. Não nos esquivamos da necessidade de interpretar os símbolos

deste universo, seja quando nos deparamos com a leitura de um texto, ou mesmo quando na vida cotidiana mantivermos uma conversa com qualquer interlocutor, por mais simples que seja a linguagem envolvida. Para se utilizar de uma classificação bem sintética, entre nós e os demais, ao se estabelecer um processo de comunicação, basicamente sempre haverá aquele que emite uma mensagem (emissor) e aquele que a recebe (receptor), além de uma linguagem comum (código) e um repertório. Muito embora não seja perceptível no cotidiano das nossas conversas triviais, a nossa rede neural está em permanente processo de interpretação das mensagens, em um constante compreender as coisas do mundo. Trata-se, neste aspecto, da forma como ao longo da nossa existência vamos elaborando os símbolos mentalmente, e tão logo uma palavra (signo) seja mencionada no âmbito de uma conversa, por exemplo, a palavra “livro”, imediatamente nosso cérebro forma a imagem deste objeto em nossa consciência, estruturada por meio da linguagem, e assim interpretamos que o *livro* enquanto palavra (signo) pode significar o *livro* que está em nossa estante ou em uma biblioteca.

Podemos inconscientemente interpretar a palavra *livro* ao ouvi-la em um discurso, mas este processo intuitivo não se trata de *hermenêutica*, mas de uma representação mental acerca do objeto mencionado, uma interpretação natural da nossa rede neural. Todavia, quando procuramos interpretar a qual livro específico se referia o emissor, buscando encontrar o sentido apropriado do que significa a palavra *livro* em dado discurso, neste momento estaremos diante da ciência hermenêutica.

À guisa de exemplo, vejamos o seguinte enunciado extraído da Lei das Sociedades Anônimas:

*“Art. 35. A propriedade da ação escritural presume-se pelo registro na conta de depósito das ações, aberta em nome do acionista nos livros da instituição depositária”.*

Neste enunciado, a palavra *livros* tem um sentido próprio, diferente da imagem dos *livros* formulada por nossa rede neural a partir da leitura desta expressão. De tal sorte que para um leigo, que nunca teve acesso ao código linguístico do direito comercial ou das ciências contábeis, teria dificuldade para compreender o sentido e alcance da expressão “livros” contida no enunciado do artigo 35 da Lei das Sociedades Anônimas, muito embora a compreendesse em um sentido comum. Uma vez que tenha acesso ao código linguístico e mediante um percurso gerativo de sentido, estaria realizando a arte da hermenêutica, para compreender que os *livros* mencionados no enunciado, não se tratam de *livros* científicos ou literários, ou ainda de *livros* contábeis em geral, mas de um único *livro* em específico, qual seja, o *livro de registro de ações nominativas* previsto no art. 39 da mesma lei.

Como se pode verificar do exemplo acima, definir o sentido de uma expressão passa por um percurso, um cotejo entre as possíveis significações até se encontrar o significado apropriado do termo. Trata-se de uma metodologia que não se confunde com uma mera decodificação instintiva do símbolo. Portanto, só estaremos diante da hermenêutica quando o intérprete, diante de determinado discurso, investiga o sentido apropriado dos signos existentes, para compreender o sentido proposto pelo texto. Esta concepção metodológica é que conceitua a hermenêutica enquanto ciência da interpretação, em oposição a interpretação instintiva que realizamos mentalmente em nossa experiência com os objetos da realidade. Na expressão de GADAMER (2014, p. 111):

*“Hermenêutica significa em primeiro lugar práxis relacionada a uma arte. Sugere a ‘tekhne’ como palavra complementária. A arte, em questão aqui, é a arte do anúncio, da tradução, da explicação e interpretação, que inclui naturalmente a arte da compreensão que lhe serve de base e que é sempre exigida quando o sentido de algo se acha obscuro e duvidoso”.*

Diante dessas considerações, podemos conceituar a hermenêutica como a metodologia científica que tem por finalidade interpretar um ou mais signos presentes no texto, definindo o(s) seu(s) significado(s) de acordo com o sentido apropriado, a fim de que a mensagem veiculada através do texto possa ter sentido. Neste trabalho, ainda, o conceito de hermenêutica estará associado à compreensão, em uma relação ontológica entre o signo e o intérprete, ambos parte imprescindível da linguagem, conforme se verá ao longo do desenvolvimento conceitual e filosófico das teorias hermenêuticas.

#### **4. Teorias da Hermenêutica**

A mitologia grega nos entregou o legado de que Hermes era um intermediário entre os deuses e os homens. Enquanto intermediário, portanto, possuía acesso tanto à língua dos homens quanto à língua dos deuses, o que lhe possibilitava interpretá-la para ambos. Deste contexto mitológico surgiu a palavra *hermenêutica* (FERRAZ JR., 1994, p. 307). Seu surgimento mitológico é descrito por STRECK *apud* BARRETO (2009, p. 430):

*“A palavra hermenêutica deriva do grego hermeneuein, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível, aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto esclarece – o*

*conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de hermeneus, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram”.*

Derivada deste contexto mitológico, a hermenêutica ao longo da história se afirmou como ciência, como uma metodologia para interpretar principalmente os textos. Inicialmente, enquanto ciência a *hermenêutica* surgiu enquanto um sistema de técnicas para se alcançar o sentido e alcance dos textos religiosos, mas ao longo dos tempos, o seu papel enquanto teoria da interpretação foi se aperfeiçoando, de modo que surgiu a hermenêutica jurídica, a hermenêutica das línguas, a hermenêutica das artes etc., até que foi se afirmando, ao longo do tempo, também em seus aspectos filosóficos.

Muitos autores se debruçaram sobre o tema da hermenêutica, dentre os quais destacaram-se Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger, Hans Georg Gadamer, E.D. Hirsch Jr., Jürgen Habermas, Paul Ricoeur, Jacques Derrida, Emílio Betti, e entre nós brasileiros, Carlos Maximiliano, Lênio Luis Streck, além de muitos outros pensadores nacionais e estrangeiros, que por sua vez deram suas contribuições para o avanço da hermenêutica enquanto teoria.

Destacaremos, no entanto, apenas quatro das principais teorias hermenêuticas construídas, cujo corte arbitrário é realizado a partir da evolução teórica que culminou com o giro linguístico-ontológico, preponderante na forma como os textos são compreendidos em nossos dias e que leva em consideração o pano de fundo deste trabalho, concernente às decisões judiciais.

#### ***4.1. Teoria Universal da Hermenêutica: Schleiermacher***

Schleiermacher é considerado o pai da hermenêutica. Sendo um crítico do estudo da hermenêutica apenas voltado para as línguas clássicas, Friedrich Schleiermacher (1768-1834), teólogo protestante nascido no território da atual Polônia, propôs uma teoria da hermenêutica universal que transcendesse as hermenêuticas especiais, a exemplo da hermenêutica legal, bíblica e filológica. Sua proposta de universalização, ou seja, a elaboração de princípios gerais constituintes de uma hermenêutica enquanto arte da compreensão, partia do objetivo que a hermenêutica deveria compreender corretamente aquilo que foi expressado por outra pessoa, seja através da linguagem oral ou da linguagem escrita. A obra de Schleiermacher foi amplamente pesquisada por Wilhelm Dilthey, que ponderou que sua teoria universal era

resultado da fusão do pensamento de Johann Fichte, que propugnava pela teoria da produção, onde o “Eu” cria uma obra escrita particular, e de Friedrich Schlegel, que defendia a teoria da reprodução, onde o intérprete precisa reproduzir o ato de criação para conseguir compreender (SCHMIDT, 2013, p. 53).

Para Schleiermacher toda expressão na linguagem tem uma relação com a totalidade da linguagem (o que implicaria em uma compreensão gramatical), assim como com a totalidade do pensamento do autor (o que requer uma compreensão psicológica deste). A teoria universal partia do pressuposto que mal-entendidos aconteciam normalmente na mensagem veiculada pelo autor, de tal sorte que a interpretação seria sempre necessária para reconstruir o seu processo criativo, compreendendo não só a mensagem veiculada, mas compreendendo até melhor o que o autor compreendia.

A proposta da teoria universal de Schleiermacher pretendia a construção da hermenêutica enquanto uma teoria pautada na *interpretação gramatical* e na *interpretação psicológica*. A interpretação gramatical estaria voltada para os elementos linguísticos do texto, e teria fundamento em dois princípios básicos. O primeiro princípio é a determinação de que o significado de um elemento linguístico precisa ser feita a partir da língua compartilhada pelo autor com sua plateia. Vale dizer, é preciso situar o autor em seu contexto histórico, compreendendo todas as suas circunstâncias de vida, tais como a sua educação, sua ocupação, e até mesmo o dialeto por ele falado, para que se possa determinar a linguagem compartilhada (SCHMIDT, 2013, p. 33). O segundo princípio, por sua vez, leva em consideração que o sentido apropriado de uma palavra precisa ser determinado a partir de seu contexto, ou seja, a conexão com suas palavras ao redor. Por sua vez, a *interpretação psicológica*, deveria complementar a interpretação gramatical, buscando compreender o pensamento do autor e como seus pensamentos são expressos no texto. Para tanto, Schleiermacher divide a interpretação psicológica em *puramente psicológica*, ou seja, quando a interpretação pretende descobrir a decisão do autor que motivou seu pensamento à escrita, e em *técnica*, que busca compreender os pensamentos do autor na composição do texto (SCHMIDT, 2013, p. 40). A teoria de Schleiermacher esperava, outrossim, quebrar a ideia do *círculo hermenêutico* – que afirmava que não podemos compreender o todo até que tenhamos compreendido as partes, mas que também não podemos compreender as partes até que tenhamos compreendido o todo – afirmando que este é apenas um círculo aparente, na medida em que essa interdependência deixa de existir quando se possui um conhecimento suficiente da linguagem, permitindo que com uma leitura superficial se possa obter uma visão geral do todo, sendo que a mesma leitura permitiria uma interpretação detalhada das partes.

Em Schleiermacher, a linguagem assume um papel enquanto “um sistema compartilhado para designar, com algum conjunto de sinais, as imagens gerais que os seres humanos criam através de sua esquematização da experiência” (SCHMIDT, 2013, p. 40). Esta representação da linguagem, tem como viés pragmático provar que as esquematizações da experiência são parecidas o bastante para identificar que se está falando sobre a mesma coisa e da mesma forma.

Esta circunstância será vital dentro da teoria da hermenêutica universal, para se compreender que a hermenêutica é possível por duas razões, ou seja, o processo de esquematização na linguagem permite que o intérprete compreenda o que o autor quer dizer, na medida em que os sinais presentes na linguagem referem-se às mesmas imagens criadas na esquematização da experiência tanto do autor, quanto de quem o interpreta. Por outro lado, em esquemas mais complexos, onde os sinais não representam as mesmas imagens, a hermenêutica se torna possível pela reconstrução do significado do texto, seja por um método comparativo, onde o intérprete precisa conhecer a linguagem do autor e a plateia a que ele se dirigia, voltando à sua época e local, bem como conhecer o assunto discutido, a tanto recorrendo aos contemporâneos do autor, ou ainda, através de um método divinatório, onde o intérprete se baseia numa semelhança entre os seres humanos, funcionando como uma analogia e comparação entre o autor e o intérprete. Em qualquer um dos casos, em Schleiermacher a hermenêutica requer talento e experiência por parte do intérprete (SCHMIDT, 2013, p. 48).

Em síntese, a proposta de teoria universal da hermenêutica de Schleiermacher pretendia reconstruir o processo criativo do autor, pelo meio da compreensão das expressões linguísticas pela hermenêutica, que se voltava para uma interpretação gramatical e psicológica, na medida em que se buscava não só compreender o significado do texto, mas reconstruir o pensamento do seu autor.

#### ***4.2. A compreensão hermenêutica de Dilthey.***

Em que pese Wilhelm Dilthey (1833-1911) ter aceito em grande parte as concepções de Schleiermacher acerca da hermenêutica universal, seu foco estava voltado para o desenvolvimento de uma metodologia para as ciências humanas. Com efeito, Dilthey vai elaborar uma classificação das ciências em *ciências naturais* e *ciências do espírito*, sendo que

o método hermenêutico surgirá como próprio das ciências do espírito (MAGALHÃES FILHO, 2013, p. 9).

Muito embora sua obra tenha influenciado as teorias hermenêuticas de Heidegger e Gadamer, é curioso que Dilthey não se utilizou da palavra *hermenêutica* em suas discussões sobre a compreensão nas ciências humanas, muito embora possuísse um profundo conhecimento da hermenêutica, baseado em seus estudos sobre a obra de Schleiermacher.

Embora para Dilthey a hermenêutica é intrínseca ao texto escrito, o pensador buscará na teoria hermenêutica um modelo metodológico para todas as formas de compreensão da vida da mente e do espírito, em sua tentativa de formular uma metodologia para as ciências humanas com base empírica.

Assim, Dilthey justifica seu projeto a partir da diferenciação entre “explicação” (*Erklären*), enquanto a metodologia própria das ciências naturais, que *explica* os fenômenos através de sua subordinação a leis causais universais, e a “compreensão” (*Verstehen*), que seria a metodologia aplicável às ciências humanas, que *compreende* os significados mentais ou espirituais que são expressos em sinais externos e empíricos. Para compreender os significados do mundo, o ser humano muitas vezes vai se valer da "explicação" advinda das ciências naturais, todavia, suas conclusões se referem ao reino interno do significado humano.

A partir dessa diferenciação, a interpretação teria por finalidade reconhecer o estado interior de outra pessoa através de suas expressões empíricas, de modo que o intérprete, ao ler as palavras de um texto, compreende o significado que o autor tencionava imprimir. Como leciona GIACOIA JR., acerca do pensamento de Dilthey:

*“A distinção conceitual entre explicar (Erklären) e compreender (Verstehen), ou explicação e compreensão, coloca em destaque os procedimentos essenciais da hermenêutica e torna-se um operador importante da metodologia científica. De modo geral, explicar consiste em identificar relações constantes entre fenômenos ou séries de eventos, cuja regra geral tem a forma lógica da ligação entre causa e efeito. Consiste em enquadrar fenômenos nesse esquema formal, de modo que, para as ciências naturais, a natureza é concebida com um sistema de relações entre fatos, ligados entre si de acordo com certas regras invariáveis, fundadas em princípios universais. No caso das ciências formais, explicar consiste em deduzir propriedades a partir de definições prévias, de acordo com axiomas ou proposições evidentes”* (GIACOIA JR., 2013, p. 31).

Conforme Dilthey, ao longo da formação do indivíduo e das suas experiências de vida, vai ocorrendo também a *aculturação*, que seria o aprendizado de várias conexões entre o significado interno e a manifestação externa associada, que permitem ao indivíduo

compreender o estado psíquico de outras pessoas e também expressar seu próprio estado para outras pessoas. Se o indivíduo está triste, *verbi gratia*, seu estado interno corresponde à uma manifestação externa associada, a exemplo do choro, introspecção e aparência cabisbaixa, um estereótipo comum de quem aparenta tristeza. Esta associação entre o estado interno e a manifestação externa, por sua vez, permitirá ao indivíduo identificar que uma outra pessoa esteja triste, quando a manifestação externa for similar à experiência vivida. Salutar neste aspecto a observação de SCHMIDT (2013, p. 74), ao afirmar que

*“O ponto crucial é a conexão entre a experiência vivida e sua expressão empírica que é apreendida quando uma criança adquire cultura. Esta conexão precisa ser relativamente estável e compartilhada por um grupo de pessoas. Precisamos ser capazes de experimentar esta conexão em ocasiões suficientes para que ela se solidifique como meio confiável para passarmos das manifestações da vida, as expressões empíricas, para a experiência vivida interna, e para nos movermos na direção oposta. Se isto não fosse possível, então não poderíamos saber o que os outros sentem e pensam, e não poderíamos expressar para os outros o que sentimos e pensamos; não existiria interação humana”.*

Por fim, dentro da compreensão hermenêutica de Dilthey, as manifestações da experiência vivida *“precisam conter algo não individual nelas, apesar de serem fundamentalmente individuais”* (SCHMIDT, 2013, p. 75), ou seja, nas experiências vividas existe um componente de intersubjetividade, que nos permite compreender as outras pessoas. Apesar de vivenciarmos experiências particulares, é como se tais experiências fossem um compartilhamento com as vivências comuns de todos os indivíduos do grupo – o que explica, por exemplo, que o sentimento interno de justiça é, de certa forma, o mesmo sentimento para a grande parte das pessoas de um dado grupo situado no mesmo tempo e no mesmo espaço cultural. Ademais, as formas mais altas de compreensão, dada a sua complexidade, por não estarem situadas no mesmo espaço/tempo, poderiam ser compreendidas através da *reexperiência*, onde o ser humano emprega a sua habilidade de modificar imaginariamente as próprias experiências vividas para reexperimentar o significado daquela vivida por outra pessoa.

#### **4.3. A hermenêutica ontológica de Heidegger.**

Martin Heidegger (1889-1976), nasceu em Messkirch, Alemanha. Realizou estudos de Teologia, Filosofia, Humanidades e Ciências Naturais em Freiburg, entre os anos de 1909 e 1913. Heidegger era profundo conhecedor das obras de Schleiermacher e da filosofia de Dilthey, assim como foi influenciado pela fenomenologia de Edmund Husserl, com quem

trabalhou em Freiburg. Sua obra *Ser e Tempo* é considerada por muitos como o livro mais importante do século XX (STRECK *apud* BARRETO, 2009, p. 426). Seus estudos acerca da hermenêutica e da interpretação foram introduzidos para – no caso da hermenêutica – afastá-la da teoria das ciências humanas, bem como afirmar que não deveria ser uma expressão da teoria da subjetividade. Para Heidegger, a hermenêutica deveria tomar uma nova forma, encontrando no próprio ser humano – que chamará de *Dasein* – a ideia de compreensão, daí porque sua concepção da hermenêutica será designada como ontológica.

O pensamento de Heidegger, por sua vez, é dividido em dois momentos históricos distintos, de modo que os estudiosos dos textos do filósofo o definem enquanto o primeiro e o segundo Heidegger. Esta divisão se deu porque, a partir de 1930, o filósofo abandonará o termo *hermenêutica* para indicar o seu caminho para um pensamento diferente, onde o ponto central é o lugar da linguagem na filosofia (SCHMIDT, 2013, p. 120).

Para compreender o pensamento de Heidegger, é interessante situá-lo em seu contexto histórico, no período compreendido entre 1913 (quando recebe seu doutorado em filosofia) e 1927 (quando publica sua obra *Ser e Tempo*). O mundo passava por grandes transformações, visto que o modelo científico newtoniano começava a produzir a incerteza da possibilidade de um saber objetivo, instaurando uma crise diante do conceito de probabilidade. Por outro lado, a descoberta da relatividade por Einstein, rompendo as relações clássicas de espaço-tempo, e ainda, o surgimento da física quântica assim como o princípio de indeterminação de Heisenberg, levaram a um sepultamento da possibilidade de um conhecimento objetivo dos fenômenos naturais. Neste período histórico, a Universidade se encontrava em ebulição na Europa, formando círculos de cientistas em torno do objetivo de superar o modelo clássico, a exemplo do Círculo de Viena, conforme elucida PEPE *apud* DE MASI (2007, p. 211):

*“A profunda rachadura produzida entre o espírito clássico e a ciência moderna faz emergir um problema essencial: recuperar, apesar de tudo, um critério diferente de racionalidade científica, redefinir uma lógica da ciência que torne a dar a ela legitimidade e valor.*

*A difícil questão, a que o debate epistemológico europeu naqueles anos foi chamado a enfrentar, não se restringiu à simples redefinição do aparelho lógico-conceptual das teorias e de suas relações com o empirismo, mas referiu-se à introdução de um novo quadro do mundo físico, com relação ao qual o conhecimento clássico foi chamado a se justificar. Em torno de tal problema reuniram-se os teóricos vienenses. Seus objetivos prioritários foram a afirmação das prerrogativas e dos direitos da ciência de 1900, a demonstração de que a nova imagem do mundo físico não produzira uma ruptura nas comparações com o antigo”.*

Muito próximo das referidas discussões, Heidegger também foi influenciado pelas transformações culturais que atingiam os pensadores alemães. A conjuntura filosófica e cultural em que vivia o filósofo sofria grande impacto, que estava por sua vez demarcada por uma crise que afetava então todas as ciências, como adverte GIACOIA JR. (2013, p. 25):

*“O impacto do positivismo de Augusto Comte (1798-1857) levava à negação de legitimidade à metafísica como forma de conhecimento, à transformação da metodologia das ciências naturais em paradigmas de racionalidade e à dissolução da lógica em psicologia, da filosofia em sociologia e antropologia.*

*Ademais, o desenvolvimento crescente, desde a segunda metade do século XIX, de disciplinas empíricas como a história, a sociologia, a psicologia e a economia induzia a interpretar todo saber como resultante de condicionamentos psicológicos, sociais e históricos, o que acabava por afetar os fundamentos de todas as ciências”.*

Se de um lado os cientistas de Viena propunham a via da lógica e da linguagem para a justificação da legitimidade da ciência frente aos novos tempos, em outra perspectiva, mas também seguindo os mesmos objetivos, a fenomenologia de Edmund Husserl visava encontrar os aspectos invariáveis da percepção dos objetos. Surge, então, a partir deste momento de crise, duas bases teóricas para a justificação do conhecimento, como nos recorda STRECK *apud* BARRETO (2009, p. 426):

*“(...) duas tendências básicas se sobressaem: uma, que vai em direção da lógica e da linguagem, daí se desenvolvendo, por exemplo, a Escola de Viena; de outro lado, uma corrente filosófica que teve sua origem em autores que não aceitavam as explicações cientificistas ou puramente logicísticas. A corrente principal que aí se coloca é a fenomenologia de Edmund Husserl”.*

Neste fecundo contexto histórico que trouxe novos contornos à ciência moderna, cujo pano de fundo era a superação do modelo clássico de pensamento frente às recentes descobertas no campo da física, Heidegger se aproximará de Edmund Husserl, todavia desenvolverá uma concepção própria da fenomenologia, *“que deixa de consistir em um método de investigação filosófico e se torna um modo de chegar às estruturas elementares originárias que suportam a existência humana, com todas as suas disposições, faculdades e funções”* (GIACOIA JR., 2013, p. 16).

Com efeito, a preocupação de Heidegger era atingir as estruturas elementares dos objetos, bem como desprender a sua fenomenologia do esquema *sujeito-objeto*, então vigente na filosofia europeia até então, inaugurando um novo pensar que se afastasse da metafísica e que pudesse evidenciar a situação concreta do ser humano. Com este objetivo, a obra *Ser e*

*Tempo* propõe uma concepção do método fenomenológico para a investigação científica, conforme definiu HEIDEGGER (2006, p. 66):

*“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 fenomenológica. Isso, porém, não significa que o tratado prescreva ‘um ponto de vista’ ou uma ‘corrente’. Pois, quanto se compreender a si mesma, a fenomenologia não é e não pode ser nem uma coisa nem outra. A expressão ‘fenomenologia’ significa, antes de tudo, um conceito de método. Não caracteriza a quiddidade real dos objetos da investigação filosófica, o ‘quê’ dos objetos, mas o ‘como’ dos objetos. Quanto mais autenticamente opera um conceito de método e quanto mais abrangentemente determina o movimento dos princípios de uma ciência, tanto maior a originalidade em que ele se radica numa discussão com as coisas elas mesmas e tanto mais se afastará do que chamamos de artifício técnico, tão numeroso em disciplinas teóricas”.*

Heidegger, portanto, introduz na filosofia dois conceitos fundamentais, sendo o conceito da *hermenêutica* e da *interpretação*, que não estariam ligadas à teoria das ciências humanas e a teoria da subjetividade, mas assumindo uma nova forma, antropológica, onde a compreensão é descoberta no próprio ser humano, de modo que a hermenêutica constituiria um elemento de ligação com o preocupar-se do homem consigo próprio, ou seja, uma autocompreensão, na medida em que compreendendo a si próprio, o homem compreenderia o ser, superando o velho problema da fundamentação (STRECK *apud* BARRETO, 2009, p. 427), ou seja, quando da ocorrência de *“um evento ou acontecimento onde o ‘objeto’ significativo aparece num contexto de significado orientado pelas preocupações do ‘sujeito’”* (SCHMIDT, 2013, p. 81).

A partir de nossa experiência com o real, Heidegger propõe uma descrição fenomenológica desta experiência. Dentro da experiência, descobrimos que as coisas e os fatos estão relacionados à uma significação a partir da nossa própria situação. Esta concepção levará à *hermenêutica da facticidade*, ou seja, a facticidade é que nos torna um ser único, individualizado, que Heidegger denominou como *Dasein* para enfatizar que o seu modo de ser não é o modo de ser de um objeto, mas ao contrário, é uma *presença*, vale dizer, *“nós não apenas somos, mas percebemos que somos”* (STRECK *apud* BARRETO, 2009, p. 428).

Acerca da terminologia *“Dasein”*, explicita INWOOD (1999, p. 44):

*“Dasein is not man, but a relationship to being diat man acquires and may lose. Man may be simply a SUBJECT or a rational animal. Moreover Dasein is 'between' man and the gods rather than coincident with man himself. 'Da-sein exists for the sake of itself, but this now means that it exists for die sake of being, since it is essentially 'guardianship' of being. It is now man,*

*radier than Da-sein, that should not be viewed as an instance of a genus; we ask 'who' we are or who man is, not who Da-sein is. Da-sein has become too impersonal to allow such questions".<sup>1</sup>*

Ao utilizar a terminologia *Dasein* (em português traduzida por *presença*), Heidegger propõe uma questão central em sua obra *Ser e Tempo*, que muito resumidamente podemos dizer que enquanto *Seres* estamos invariavelmente presos ao *Tempo*, a compreensão do *Ser* só é possível em determinado lapso temporal, vale dizer, na compreensão da existência, como afirmou o filósofo (2006, p. 48):

*“A presença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. Essas possibilidades a própria presença as escolheu, mergulhou nelas, ou ali simplesmente cresceu. No modo de assumir-se ou perder-se, a existência só poderá ser esclarecida sempre pelo próprio existir. A compreensão de si mesma que assim se perfaz, nós a chamamos de compreensão existenciária. A questão da existência é um assunto ôntico da presença. Para isso não é necessária transparência teórica da estrutura ontológica da existência. A questão acerca dessa estrutura pretende desdobrar e discutir o que constitui a existência. Chamamos de existencialidade o conjunto dessas estruturas. A análise da existencialidade não possui o caráter de uma compreensão existenciária, e sim de uma compreensão existencial. Em sua possibilidade e necessidade, a tarefa de uma analítica existencial da presença já se acha prelineada na constituição ôntica da presença”.*

Em busca de uma clarificação do termo utilizado por Heidegger, nos recorda GIACOIA JR. (2013, p. 63):

*“Dasein é uma palavra composta pelo verbo ‘ser’ (sein) e pelo advérbio ‘aí’ (da). Em acepção existencial-ontológica, o Dasein é ente a cuja essência pertence o ser; que existe (é) enquanto aí – no aberto, em abertura para o Ser. Essa é a condição ontológica do homem como Dasein, como ser-o-aí. Nesse sintagma, ‘da’ não deve ser tomado em acepção espacial, como se indicasse uma localização, um ‘aqui’ contraposto a ‘lá’ ou ‘acolá’. Em Ser e tempo, o ‘aí’ significa uma dimensão de exterioridade, como a expressa pelo prefixo latino ex – em ‘expelir’ ou ‘extirpar’.*  
*O Ser é a contrapartida ontológica do ‘da’ na fórmula Dasein. Como Dasein, o homem é essa abertura (o homem é, essencialmente, também esse aí), uma ex-stase: um ser fora de si, junto ao Ser. Se a ontologia geral*

---

<sup>1</sup> Em livre tradução: “Dasein não é o homem, mas um relacionamento do ser que o homem adquire e pode perder. O homem pode ser simplesmente um sujeito ou um animal racional. Além disso Dasein é "entre" homem e deuses, em vez de coincidente com o próprio homem. Dasein existe por causa de si mesmo, mas isso agora significa que ele existe para a morte por causa do ser, uma vez que é essencialmente “tutela” do ser. É agora homem, em vez de Dasein, que não deve ser visto como um exemplo de um gênero; perguntamos “quem” nós somos ou quem o homem é, não quem Dasein é. Dasein tornou-se demasiado impessoal para permitir tais questões.”

*concede o privilégio teórico à essência em relação à existência, Heidegger, ao contrário, pensa o Dasein como ente cuja ex-sistência é ontologicamente fundamental, ou seja, é constitutiva da essência: uma existência contingente, temporal, mundana, finita, cujo sentido é ser-para-a-morte”.*

Nesta contextura, a hermenêutica significa a compreensão de *Dasein* de si mesmo em sua vida fática, em sua própria forma de ser, em sua existência. Como *Dasein* existe cotidianamente, fato que esconde a sua forma verdadeira de ser, a análise hermenêutica precisa revelar este modo de ser, através de indicações formais presentes, provisoriamente, nos elementos estruturais da descoberta de *Dasein* no caráter cotidiano. A indicação formal da vida fática de *Dasein* é *ser-no-mundo*, ou seja, o mundo de *Dasein* é constituído pela totalidade de relevância em que ele vive, pelas possibilidades e escolhas a fazer sobre como *Dasein* será, vale dizer, pelos seus existenciais. Essas indicações formais orientam a investigação hermenêutica no verdadeiro modo de ser de *Dasein*. Afirma HEIDEGGER (2006, p. 49):

*“Pertence, porém, essencialmente à presença: ser em um mundo. Assim, a compreensão de ser, própria da presença, inclui de maneira igualmente originária, a compreensão de ‘mundo’ e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo”.*

A análise hermenêutica de Heidegger em *Ser e Tempo* é composta de três aspectos, onde discute-se a questão do significado do ser e a fenomenologia enquanto metodologia para abordar este significado através da interpretação de *Dasein*; como as coisas se mostram a partir de si mesmas na experiência de *Dasein*; e, como *Dasein* compreende corretamente, vez que a filosofia contemporânea será influenciada por este aspecto. Estes três aspectos da obra *Ser e Tempo* são sintetizados por SCHMIDT (2013, p. 91):

*“Os filósofos acham que sabem qual é o significado do ser, mas não sabem. Por isso a pergunta sobre o significado do ser precisa ser feita novamente. Nós podemos nos fazer esta pergunta porque o questionamento pertence ao modo de ser de Dasein. Entretanto, antes de podermos perguntar sobre o significado do ser em geral, precisamos investigar o modo de ser de Dasein numa ontologia fundamental. A fenomenologia é o método apropriado de investigação, porque ela tenta evitar pressuposições tradicionais e volta para as coisas em si. A fenomenologia significa ‘deixar o que se mostra ser visto’. A investigação fenomenológica do ser de Dasein é a hermenêutica, uma compreensão interpretativa da existencialidade da existência”.*

Este *ser-no-mundo* de *Dasein*, onde as ideias da tradição são afastadas – evitando conotações metafísicas associadas aos significados dos termos – para que as coisas se mostrem a partir de si mesmas, primeiramente como *coisas úteis*, destinadas para algo, em

uma relação pragmática, onde o significado decorre mais da utilidade do uso do que do pensar sobre elas. O modo de ser das coisas úteis é a sua *manualidade*, ou seja, a definição ontológica dos seres como eles são em si mesmos, referenciada em relação às outras coisas úteis e ao próprio *Dasein*. Assim, o encontro de *Dasein* com os objetos da realidade não é revestido de pressuposições pela tradição, permitindo que eles se apresentem como originalmente são, sem nenhuma forma anterior, e principalmente vinculados à uma utilidade, sem a qual tornam-se meros objetos da realidade. O mundo é caracterizado por todas as coisas e pessoas relevantes na situação pragmática de *Dasein*, que é constituída por todas as referências das coisas úteis contidas em sua situação existencial. Deste modo, a teoria de Heidegger do significado levará em conta que as coisas têm significado ou significância dependendo de terem ou não relevância para *Dasein*, dentro de suas referências existenciais.

Ademais, além das coisas úteis temos as pessoas nesta mesma situação pragmática existencial. Tais pessoas, ou outros *Daseins*, também são dados no mundo como as coisas úteis. Desta maneira, o *ser-no-mundo* de *Dasein* é também um *ser-com*, um seu modo de ser característico, eis que sempre está com outras pessoas que participam da totalidade referencial de significância de *Dasein*. Contudo, a realidade existencial de *Dasein* é também composta do “eles” (*das Man*), que não se trata de alguém definido, mas uma perspectiva pela qual a nós mesmos compreendemos através da opinião pública. A forma de ser do “eles” retira de *Dasein* a responsabilidade consigo próprio, na medida em que *Dasein* se descobre como um *eu/eles* em sua vida cotidiana.

Conclui-se que a compreensão é portanto existencial, ou seja, não **importa porque compreendemos, nós simplesmente compreendemos**. Os significados não são por nós adicionados aos objetos, e também não constituímos significados pela consciência, mas o significado já nos é dado pela situação hermenêutica. O “aí” do *ser-no-mundo* de *Dasein* se revela através de três existenciais *equiprimordiais*, que por sua vez revelam a temporalidade: (i) a *afinação*, que aponta para se estar no mundo em determinadas condições, revelando alegria, tristeza, tédio etc., ou ainda, estar em determinado local; (ii) a *compreensão* que projeta as formas possíveis pelas quais *Dasein* poderia ser, revelando a situação em que está, sendo que a compreensão é necessariamente interpretação, começando com uma posição prévia da condição de existência, de modo que compreendemos algo como algo e não como algo diferente, resultando que a compreensão correta pode ser obtida pelo intérprete quando se baseia nas estruturas prévias da compreensão, ou seja, no que algo realmente é; (iii) o *discurso* é a forma como se articula a compreensão na linguagem, a inteligibilidade, a revelação do “aí”, a totalidade das significações posta em palavras.

Por fim, a verdade em Heidegger é uma dupla dimensão do conhecimento, a dimensão hermenêutica que se baseia na verdade existencial e uma dimensão apofântica, consistente na verdade lógica. Esta dupla dimensão levaria a conclusão de que “*não é o enunciado que é o lugar da verdade, mas a verdade que é o lugar do enunciado*”, vale dizer, “*o enunciado pressupõe de certo modo sempre já uma abertura onde ele pode ser proferido*” (STRECK *apud* BARRETO, 2009, p. 428). A verdade se revela enquanto uma *descoberta* na experiência da situação pragmática, vale dizer, como o *Dasein* é um ser arremessado no mundo, este compreende o mundo, em uma compreensão articulada por estruturas prévias, contudo, de sua relação com o “eles” em seu cotidiano, muitas coisas ele compreende erroneamente, posto que está preso ao “eles” e as concepções populares, de modo que a compreensão correta é a revelação daquilo que está encoberto, que deve ser desvelado pela hermenêutica.

Como leciona SCHMIDT (2013, p. 118):

*“Em outras palavras, o intérprete precisa basear as estruturas prévias da compreensão hermenêutica nas coisas em si para revelar a verdade hermenêutica”.*

Há, no segundo Heidegger, a partir da obra *Sobre o Humanismo*, um desaparecimento do termo hermenêutica. Se atribui esse novo pensar a uma reflexão do filósofo quanto aos existenciais de *Dasein*, que acreditava que ainda estavam vinculados nas categorias da metafísica, apesar de não se referirem aos objetos. A partir deste ponto, se constituiria um evento por meio do qual o ser vem a ser através de seus próprios modos e têm seu próprio mundo na interação entre o Ser e os seres humanos, que Heidegger denominou *Ereignis*.

A partir deste novo pensar, a linguagem passa a ter um papel central, na medida em que Heidegger considera a linguagem como a morada do Ser, e é na linguagem que ocorre a interação do Ser com os seres humanos, essencialmente na fala. Assim, o *Dasein* passa a revelar a verdade na casa do ser: a linguagem.

Em 1959, ao publicar *O caminho para a Linguagem*, o filósofo propõe que a linguagem é a fala, uma capacidade dos seres humanos. Seguindo a filosofia de Aristóteles, a linguagem tem a ver com *mostrar e deixar as coisas aparecer descobertas*, sentido que foi corrompido pela concepção da linguagem enquanto sistema de signos para designar os objetos já conhecidos na realidade. Uma compreensão adequada da linguagem deve conter a totalidade das características que são unificadas no universo do *dizer*, este que é a essência da linguagem. Na casa do Ser, os seres humanos entram na linguagem, de modo a trazer o dizer

silencioso da linguagem para a fala, ou seja, o envio do Ser para a linguagem. Esta missão que é a essência do ser humano. Assim, na *Ereignis*, os seres humanos respondem ao dizer da linguagem, permitindo o presenciar dos seres de acordo com o envio do Ser.

Também em 1959 houve o lançamento do ensaio *A palavra*. É neste ensaio que se resume uma posição da práxis hermenêutica de Heidegger, que não difere da tradição hermenêutica, salvo em dois pontos, ou seja, o afastamento da interpretação puramente psicológica, buscando a intenção do autor, conforme era sustentado por Schleiermacher, e ainda, a ideia de uma reconstrução do ato criativo. Heidegger, propõe o *escutar* do *dizer* das palavras, vale dizer, a intencionalidade da palavra, o escutar do dizer do texto.

#### **4.4. A teoria hermenêutica de Gadamer**

Hans Georg Gadamer (1900-2002), nasceu na Alemanha. Iniciou seus estudos em Breslau e a partir de 1919 passou a estudar na Universidade de Marburg, sua cidade natal, onde, em 1922, defendendo uma tese sobre Platão, concluiu o seu doutorado. Gadamer formulou uma teoria filosófica da hermenêutica em sua obra *Verdade e Método*, uma das obras mais importantes e contemporâneas acerca da hermenêutica e cujo título original deveria ter sido “*Os fundamentos de uma hermenêutica filosófica*”. O curioso é que por razões comerciais, seu editor à época entendeu que o termo “hermenêutica” não era conhecido do grande público, adotando um título mais acessível. A obra filosófica de Gadamer foi dividida em três partes, sendo as duas primeiras relacionadas à experiência da verdade na arte e na compreensão das ciências humanas, enquanto a última parte de *Verdade e Método* trata especificamente da fundamentação ontológica da hermenêutica na linguagem. Sobre esta terceira parte da obra de Gadamer que se assenta um fundamento hermenêutico que é utilizado para o discurso jurídico.

Acerca das influências de Gadamer na obra *Verdade e Método*, afirma STRECK *apud* BARRETO (2009, p. 372):

“... é possível identificar cinco elementos centrais na determinação de sua identidade filosófica: 1) a influência de Heidegger; 2) a Filosofia grega (dialética platônica e ética aristotélica); 3) a história hermenêutica clássica (Schleiermacher, Dilthey); 4) a dialética hegeliana; 5) a terceira crítica de Kant. Desses cinco elementos, a influência de Heidegger vem em primeiro lugar, uma vez que é a luz do pensamento heideggeriano que os outros quatro se articulam no interior de sua hermenêutica filosófica”.

Com efeito, Gadamer tal qual seus antecessores possuía um amplo conhecimento da hermenêutica clássica, e partindo das considerações de Schleiermacher e Hegel, o autor interpretou a história da hermenêutica, então baseada na interpretação da Bíblia e na Filologia dos clássicos, associando a esses autores duas tarefas hermenêuticas distintas, sendo a primeira a *reconstrução* e a segunda a *integração*.

Gadamer rechaçou em sua obra a ideia de Schleiermacher acerca da reconstrução, onde o objetivo hermenêutico seria voltado não para compreender o texto, mas também o pensamento de seu autor. A crítica de Gadamer à reconstrução tem como ponto central a opinião de que a hermenêutica, que deveria estar focada na compreensão do texto, em Schleiermacher pretendia uma reconstrução do ato criativo, o que seria impossível. Gadamer insistia, com sua crítica, que a compreensão deveria se voltar para uma melhor compreensão do assunto em discussão.

Gadamer também criticará a compreensão hermenêutica de Dilthey, que estava pautada em uma justificação da metodologia para as ciências humanas. Sua crítica à Dilthey estará firmada no fato que os requerimentos epistemológicos para a validade no conhecimento histórico necessitariam de um sujeito cartesiano, pensamento que era incompatível com a filosofia da vida. Não seria possível, na visão de Gadamer, um ponto de vista completamente *a-histórico* do pensamento científico, na medida em que o historiador está presente na história, ou seja, se encontra dentro do círculo hermenêutico da compreensão, e desta forma, não poderia fugir deste círculo para obter um ponto de vista justificado metodologicamente.

Esclarece a respeito SCHMIDT (2013, p. 141):

*“De acordo com Gadamer, o problema que Dilthey encara é mover-se do conhecimento válido no nível individual para o conhecimento válido de estruturas significativas dentro da própria história. Para realizar isto, ele precisa introduzir sujeitos lógicos em vez de sujeitos reais”.*

Ao se aproximar, todavia, da obra de Heidegger, que Gadamer encontrará o ponto de partida para o desenvolvimento de sua filosofia hermenêutica. Afinal, Heidegger que, partindo da fenomenologia de Husserl, fora “capaz de liberar o conceito de vida da ideia de justificação metodológica” (SCHMIDT, 2013, p. 144), o que será crucial para o pensamento hermenêutico desenvolvido por Gadamer no conceito de *tradição*.

Desta forma, o pensamento de Heidegger, revelando a compreensão enquanto a forma original de realização do *Dasein*, que tendo sido arremessado no mundo, projeta possibilidades de seu próprio ser, descobrindo-se dentro de um contexto histórico e com um

passado, fará com que Gadamer vincule a compreensão hermenêutica da *tradição* histórica à *integração*, conforme considerações iniciais influenciadas pelo trabalho de Hegel.

A noção de *tradição* estará presente na obra de Gadamer, ou seja, enquanto um sentido que está sempre pré-existente na linguagem, o que significa dizer que a tradição herdada forma o ponto de partida para todos os atos de compreensão, na medida em que qualquer ato de compreensão se inicia com as referidas estruturas prévias, que foram tão bem exploradas por Heidegger. O filósofo empregou, portanto, o termo “preconceitos” (*Vorurteile*) para designar as estruturas prévias da compreensão de Heidegger, que não seriam positivas ou negativas, até que se tenha o juízo/conceito definitivo, proporcionando uma conotação neutra para as referidas estruturas. Assim afirmou GADAMER (2014, p. 360):

*“Uma análise da história do conceito mostra que é somente na Aufklärung que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo “preconceito” (Vorurteil) quer dizer um juízo (Urteil) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. No procedimento da jurisprudência um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa definitivamente uma redução de suas chances. Por isso, préjude, em francês, tal como praeiudicium, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. A consequência negativa repousa justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente. Preconceito não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente”.*

Para afirmar que toda compreensão parte de nossos “preconceitos”, enquanto as estruturas prévias da compreensão, adverte SCHMIDT (2013, p. 147) que:

*“Em qualquer momento particular, nossos preconceitos, como nossas estruturas prévias da compreensão herdadas, incluem tudo que sabemos consciente ou inconscientemente. Eles incluem o significado das palavras, nossas preferências, os fatos que aceitamos, nossos valores e juízos estéticos, nossos juízos sobre a natureza humana e o divino, e assim por diante”.*

Gadamer procura com este pensamento reafirmar a autoridade da tradição, provando que nela existem preconceitos legítimos, e sua obra demonstraria como ocorre este processo de legitimação e a rejeição dos preconceitos ilegítimos na compreensão, que seria a tarefa da compreensão hermenêutica. Por sua vez, a compreensão ocorre dentro do círculo hermenêutico, de modo que ao interpretarmos um texto, nos movemos do todo para as partes, e então voltamos para o todo, em um processo de compreensão que é a interação entre o

movimento da tradição e o movimento do intérprete, onde a tradição, enquanto linguagem herdada, fornece a antecipação do significado, e o intérprete, através de seu juízo crítico, continua a formar a tradição. Por sua vez, o círculo hermenêutico requer que o intérprete pressuponha inicialmente que o texto, ao mesmo tempo que é coerente, busca afirmar a verdade, ou seja, a concepção prévia de completude. Eventuais distâncias entre o texto e o intérprete são positivas, conforme Gadamer, porque elimina erros e abre novas possibilidades de significado.

Em uma concepção que é diretamente relacionada ao campo da hermenêutica legal, Gadamer trabalhará com o conceito de *aplicação* na experiência hermenêutica, estabelecendo nesta concepção o *problema hermenêutico fundamental*. Partindo da tese de Schleiermacher que *compreender é sempre interpretar*, Gadamer adiciona um terceiro elemento ao processo hermenêutico, ou seja, compreender significa sempre e de um modo necessário *aplicar*. De tal sorte que vai propor uma compreensão interpretativa com base na aplicação para projetar o significado do texto, ou seja:

*“Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”* (GADAMER, 2014, p. 446).

A hermenêutica, desta forma, parte da concepção de que o texto pretende dizer algo em relação à experiência vivenciada pelo intérprete, que no ato de compreensão parte da generalidade do texto para a situação concreta vivenciada. Esta intersecção entre texto geral e caso particular, levando em consideração o horizonte expandido do intérprete, o conduz à aplicação, ou seja, uma projeção do significado do texto, ou um *“fazer o texto falar novamente”* (SCHMIDT, 2013, p. 161).

Com muita clareza a respeito, disserta GUERVÓS (2013, p. 6054), que

*“la comprensión se entiende como un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada. Cuando nos enfrentamos a un texto o a un testimonio del pasado, nuestro esfuerzo interpretativo se dirige a vislumbrar los posibles significados y efectos válidos para la situación concreta en la que se encuentra el intérprete. En esto se manifiesta el intento aplicativo, que, por otra parte, era ya algo natural para la hermenéutica antigua – por ejemplo, la interpretación de los oráculos -, empeñada en adaptar el sentido de un texto o mensaje a una situación concreta en la que ése habla. De esta forma, el intérprete que se confronta con una tradición histórica no pretende otra cosa que comprender esse asunto general (el texto), es decir, lo que dice la tradición, pero para ello no puede ignorarse a sí mismo”*.

Desta forma, não é possível atingir o significado do texto sem a aplicação, resumindo-se a tese de Gadamer, temos que (i) a aplicação (*Anwendung*) é compreensão (*Verstehen*), ou seja, trata-se da experiência hermenêutica entre o texto transmitido e a situação atual do intérprete; (ii) a aplicação não pode separar-se da situação hermenêutica que se elaborará continuamente, uma vez que a confrontação com a tradição sempre é um desafio crítico.

O intérprete deve fazer com que o texto escrito fale, compartilhando o assunto discutido. Compreender o que um texto tem a dizer sempre envolverá a interpretação e a aplicação, fundindo os horizontes do texto com o horizonte expandido do intérprete, através da linguagem. Assim, intérpretes em tempos históricos diferentes apresentariam horizontes expandidos diferentes, de modo que a compreensão do que o texto tem a dizer produzirá, neste caso, situações hermenêuticas diferentes, vez que o intérprete não se desvincula da tradição nem de si mesmo no ato de aplicação.

Concomitantemente à questão da aplicação, Gadamer também trabalhará com a dialética da pergunta e da resposta, ou seja, o modelo de compreensão estará pautado em um diálogo sobre determinado tema, de forma que o objetivo é chegar a um acordo, de sorte que a forma lógica de abertura à experiência sempre será através da pergunta, eis que toda pergunta em si mesma aponta para a direção do que é perguntado. A pergunta correta pressupõe um horizonte correto, expondo o tema que é perguntado, bem como rechaçando os preconceitos ilegítimos, expandindo o horizonte do significado e escutando o que o texto quer dizer. A compreensão resultaria da fusão desses dois horizontes, ou seja, a aplicação do texto ao horizonte do intérprete através da projeção do horizonte do texto para seu próprio horizonte expandido, onde os preconceitos são legitimados e descobrimos uma resposta à pergunta original.

É preciso também navegar no *giro ontológico para a linguagem*, proposto por Gadamer, para compreender a experiência hermenêutica. A compreensão se dá através da linguagem, ou seja, ela é o meio pelo qual compreendemos os textos, de tal forma que não recriamos o surgimento do texto, mas compreendemos, através da linguagem, o que ele tem a dizer. Nossa consciência é aquilo que compreendemos através da linguagem, de forma que para Gadamer, assim como para Heidegger, a linguagem é a revelação do mundo. Guardados os respectivos argumentos, este preceito aparecerá também em WITTGENSTEIN (1968, p. 111) ao dizer que “os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”.

Pelo giro ontológico, a experiência hermenêutica é a experiência linguística do mundo, na medida em que a linguagem é o meio universal pelo qual se realiza a compreensão, conforme salienta GUERVÓS (2013, p. 5283):

*“Reconducir el problema hermenéutico por la vía del lenguaje significa abrir el camino a lo que se ha dado en llamar el ‘giro ontológico’ de la hermenéutica de Gadamer, es decir, a la tesis que sostiene la unidad del pensamiento y lenguaje, palabra y cosa, language y ser”.*

Esta concepção da linguagem enquanto experiência hermenêutica levaria em consideração que o ser humano desenvolve conceitos para expressar melhor sua experiência do mundo. Estes conceitos, por sua vez, dentro de dada linguagem humana particular, apresentam uma visão particular do mundo, eis que não é possível uma linguagem perfeita na qual o mundo em si poderia ser revelado (SCHMIDT, 2013, p. 175).

Por fim, para Gadamer a hermenêutica é universal, justamente pelo fato de que o ser que pode ser compreendido é linguagem, e esta é universalmente a forma da consciência.

## **5. Hermenêutica Jurídica Clássica**

O sistema jurídico brasileiro, seguindo os preceitos do modelo romano-germânico, privilegiou a dogmática jurídica e seu arcabouço normativo não só para a solução dos conflitos intersubjetivos, mas também como forma de garantir a segurança jurídica, vez que o sistema de direito positivo – fundado na aceção de que a norma jurídica é a única forma de expressão do *dever-ser* – permitiria a previsibilidade das decisões judiciais, através do controle objetivo da interpretação.

Com efeito, em nosso sistema positivo, reserva-se a adoção dos *usos e costumes* e dos *princípios gerais do direito* a situações excepcionais, quando a lei for omissa, e ainda assim, dentro de uma escala progressiva no processo de aplicação, devendo-se privilegiar a analogia diante de seu caráter eminentemente normativo, conforme leitura advinda da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em seu artigo 4º enuncia que:

*“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.*

A sistematização do direito em um conteúdo normativo e dogmático, também formulou uma hermenêutica jurídica pautada nos valores fundamentais do sistema do direito

positivo, privilegiando a validade e a eficácia normativa, dentro de uma busca do sentido e alcance dos textos legislativos, como fora então classicamente definido por CARLOS MAXIMILIANO:

*“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”* (MAXIMILIANO, 1993, p. 01).

Não há dúvida que a hermenêutica jurídica tem por finalidade, como aludiu o mesmo autor, *“a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito”* (ob. Cit., p. 01). De fato, enquanto metodologia científica, a hermenêutica jurídica deverá sistematizar tão quanto seja possível a forma de se determinar o sentido e alcance das expressões do direito, com o que se estará exercendo o controle da interpretação e garantindo a segurança jurídica, na medida em que aos juízes não é dado interpretar fora das referidas regras metodológicas.

No entanto, visando compreender a motivação das decisões judiciais enquanto um percurso do raciocínio lógico-semântico de construção da norma jurídica, não nos parece suficiente que a hermenêutica jurídica se apresente apenas como metodologia sistematizada de processos interpretativos, mas também como ciência da construção do saber na experiência.

Vale dizer, se por um lado a hermenêutica jurídica visa sistematizar as regras de interpretação, partindo do texto legislativo para a sua significação, enquanto determinação do sentido e alcance da expressão do direito, tratando-se de uma metodologia dedutiva, não há porque também não compreender a hermenêutica jurídica enquanto uma teoria da construção do saber jurídico na experiência da decisão, partindo da decisão para a argumentação jurídica, de forma indutiva, construindo o sentido e alcance das expressões do direito a partir da decisão formulada para o caso concreto.

A tarefa da hermenêutica jurídica em definir o sentido e alcance das expressões do direito não se exaure, ou seja, uma vez definido o sentido e alcance de um enunciado, tal sentido não é autoaplicável para todas as demais circunstâncias em que este ocorrer. Há sempre espaço para novas interpretações do mesmo enunciado. Apesar do sentido precedente

orientar a aplicação do sentido subsequente, a tarefa da hermenêutica jurídica leva em consideração que os textos legislativos são orientados para a solução de conflitos, razão pela qual se tem presente a concretude da tarefa hermenêutica no âmbito da relação jurídica processual.

Este aspecto já havia sido ressaltado por FERRAZ JR. (1994, p. 256) quando alerta:

*“na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais do problema. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento”.*

Por outro lado, o direito em grande parte dos casos não acompanha a dinâmica social geradora de novos conflitos baseados em novos fatos oriundos da vida social, que somado à indeclinabilidade da jurisdição, determina que decisões sejam proferidas dentro de um contexto não amparado pela positividade dos textos legislativos. Essa circunstância exige do julgador uma atividade cada vez mais integrativa, surgindo assim um plano desafiador para a hermenêutica jurídica em nossos dias, que não se volta apenas para definir o sentido e alcance dos enunciados normativos, mas principalmente, na omissão da lei, estabelecer o processo de construção do raciocínio lógico-semântico da construção da norma jurídica aplicável, tarefa essa que se consolida dentro do processo decisório e não meramente interpretativo. Entendemos que, nesta hipótese, a hermenêutica enquanto *a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito*, pregada por Carlos Maximiliano, já não se coaduna com a necessidade de uma hermenêutica jurídica voltada para a construção do saber jurídico na experiência da decisão, ainda que concordemos com o referido Mestre que a hermenêutica tenha um único objeto, qual seja, o texto legislativo, ou na aceção do autor, a lei (MAXIMILIANO, 1994, p. 8).

À hermenêutica jurídica está reservado o papel de interpretar o texto legislativo, e na ausência de texto legislativo regulando os novos conflitos advindos da dinâmica social, competirá ao julgador decidir sobre a aplicação da norma jurídica aplicável. E a norma aplicável não se obtém discricionariamente, não se podendo atribuir aos juízes o poder de legislar. É preciso que se encontre, dentro do ordenamento jurídico, seja por analogia, usos e costumes ou princípios gerais do direito, e ainda, dentro do texto, tomado assim o conjunto de todas os enunciados normativos, a aplicação do direito ao caso concreto.

## 6. Hermenêutica jurídica: estado da arte em nossos dias

A sociedade moderna é uma sociedade vinculada à informação e a uma economia com base no consumo. A primeira premissa, a informação, se processa em milissegundos e possui contornos globais, de forma que o que ocorre do outro lado do mundo, é visualizado segundos depois em qualquer *smartphone*, democratizando a informação e acelerando a vida, uma exigência da modernidade, que como dizia Charles Chaplin: “*criamos a Era da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela*”.

Em um mundo onde a tecnologia modifica o modo de ser das pessoas, tornando a vida mais célere e *conectada*, é natural que as leis não acompanhem a vida social, de modo que o direito sempre está vários passos atrás dos fatos sociais. É impressionante como nas últimas décadas novos institutos jurídicos foram criados, velhos institutos foram se amoldando à nova dinâmica social, e uma multiplicidade de novos direitos surgiram, sem se falar da revogação de muitos institutos e procedimentos arcaicos, que naturalmente caíram no desuso. Do desenvolvimento da tecnologia, também novos conflitos jurídicos se engendraram, a exemplo das demandas pela legalidade das pesquisas com células tronco, o direito à opção pela morte assistida, a legalidade do aborto de fetos anencéfalos, entre tantas questões que se fazem presentes na sociedade moderna, sem se falar de outros conflitos, derivados da concepção da dignidade da pessoa humana, que em razão da busca pela plenitude da realização do ser, originam demandas pessoais e sociais, a exemplo do casamento homoafetivo, do direito à adoção por casais do mesmo sexo, do direito à acessibilidade, quebra de barreiras arquitetônicas, entre outros tantos direitos, cujo reconhecimento nas últimas décadas tem provocado novos posicionamentos dos Tribunais, principalmente nas Cortes Superiores.

Em outra mão, como segunda premissa, as desigualdades sociais apontam que uma parcela significativa da sociedade desconhece o exercício de direitos, marginalizadas tanto da economia de consumo, quanto do acesso à informação, e ainda, os graves problemas derivados da inaplicabilidade dos direitos sociais, que são constitucionalmente enunciados, mas materialmente não observados, esvaziando o discurso pela ausência de ulteriores providências frente às normas constitucionais de eficácia limitada, ou ainda, pela absoluta falta de eficácia do Estado em promovê-los. Demandas por moradia, saúde, educação, trabalho, previdência social, entre outras, engordam as filas do Poder Judiciário, obliteradas por uma hermenêutica que navega sem rumo ou na aplicação exacerbada dos princípios jurídicos para afirmar a existência/inexistência de tais direitos, ou então, naufragando no

binômio do *mínimo existencial* e da *reserva do possível*, para dizer o óbvio na tentativa de uma reconstrução da ordem jurídica que não se instrumentaliza pela ação do Judiciário, mas pela necessidade de afirmação dos direitos por políticas públicas, pela correta aplicação dos recursos públicos arrecadados para a garantia de uma sociedade justa e solidária.

A função social da hermenêutica, na solução de tais conflitos e na promoção da segurança jurídica e da ordem social, por sua vez, tem se colocado à serviço da busca inatingível da correta interpretação da lei, da captação pelo intérprete da *voluntas legis*, como forma de isentá-lo das dimensões sociais em que está inserido, como se pudesse o legislador prever todas as situações possíveis e, na ausência dessa previsão, solucionar a controvérsia pela aplicação dos princípios. Trata-se de uma hermenêutica em crise, como afirma STRECK (2014, p. 19):

*“Isto porque as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo da operacionalidade – incluindo aí doutrina e jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratárias à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, em que a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de ‘essências’ e ‘corretas exegeses’ dos textos legais. Ou, na outra ponta do problema, sob pretexto da superação das posturas objetivistas, vê-se o surgimento das diversas (neo) teorias, como o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, que apostam no protagonismo judicial e no instrumentalismo processual, dando azo a uma verdadeira fábrica de princípios. Isso para dizer o mínimo.”*

Caminha a Hermenêutica, em nossos dias, para um resgate filosófico que aponta para a impossibilidade de se construir uma teoria geral da interpretação, que estabeleça regras para o processo interpretativo. Desta forma, o modelo da hermenêutica enquanto “sistematização dos processos de interpretação dos enunciados do direito positivo” – como proposto por MAXIMILIANO – e que se volta para o velho esquema sujeito-objeto, não fornece elementos seguros para os conflitos contemporâneos, que exigem do intérprete mais do que uma metodologia, mas verdadeiro mergulho histórico nos problemas de seu tempo. Assim, a tentativa de se estabelecer um conjunto de regras para a interpretação, jamais obteve sucesso, na medida em que tais regras ou privilegiavam a objetividade do texto, ou então, a subjetividade do intérprete, ou ainda, tentavam apropriar-se dos dois conceitos em uma teoria da interpretação que não fugia do esquema metafísico (STRECK *apud* BARRETO, 2009, p. 431).

Através do domínio da linguagem, movimento iniciado nas primeiras décadas do Século XX e designado como *giro ontológico-linguístico*, e principalmente a partir das obras de Heidegger e Gadamer, a hermenêutica se volta para determinadas concepções que apontam para a forma como o jurista deve se comportar frente à interpretação dos textos em nossos dias. Em primeiro lugar, formulou-se a concepção de que o universo dos textos é povoado por incertezas significativas. Como nos lembra STRECK (2014, p. 358), a lei está constituída de palavras vagas, ambíguas, e também plurívocas, o que gera por completo a incerteza semântica. Esta incerteza de significação, no entanto, não permite ao intérprete atribuir o sentido que lhe parecer mais apropriado, conforme a sua conveniência e consciência, eis que o esquema de interpretação pautado na subjetividade do intérprete é extremamente perigoso, atentando contra a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões que a dogmática se propõe a garantir.

É fato que existe uma tensão entre o texto e o sentido que lhe é atribuído em um caso concreto. No entanto, é preciso recordar que o caso concreto está inserido em uma situação relacionada com os fatos sociais, dentro de um dado contexto histórico, no qual tanto o texto quanto intérprete estão inseridos. Esta circunstância traz um componente crítico ao dogma da subsunção, posto que esta, enquanto relação metafísica entre o texto e o significado a ele atribuído, não resolve o problema da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto, e ainda, não soluciona a questão de que o ato de conhecimento do sentido do texto e sua aplicação ao caso concreto não são atos separados. Daí porque, a hermenêutica filosófica, resgata a linguagem enquanto elemento da existência histórica do sujeito, ou seja, afasta a noção de que a relação do intérprete com os fatos e os textos jurídico-normativos é externa, como se os fatos e os textos fossem objetos e não integrantes da mesma realidade linguística. Quer a hermenêutica filosófica recuperar a ideia heideggeriana de *Dasein*, que é *ser-no-mundo* das coisas e não está apartado delas, mas realiza-se junto com elas.

De modo que o intérprete não se aproxima do objeto para interpretá-lo, construindo o seu sentido, mas sendo sujeito inserido na linguagem, da qual o objeto é parte indissociável, o seu interpretar somente é possível a partir da tradição em que o intérprete está jogado, dentro de uma comunidade de sujeitos em interação, conforme sustenta STRECK (2014, p. 362):

*“O intérprete, desse modo, perceberá o ‘objeto’ (jurídico) como (enquanto) algo, que somente é apropriável linguisticamente. Já a compreensão deste ‘objeto’ somente pode ser feita mediante as condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido, ou seja, esse algo somente pode ser compreendido como linguagem, a qual ele já tem e nela está mergulhado. A linguagem não é, pois, um objeto, um instrumento, enfim, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto”.*

Portanto, sendo o intérprete *Ser-no-mundo (Dasein)*, sua relação com o objeto não se realiza pela linguagem enquanto um elemento externo. Deste modo, a hermenêutica filosófica abre o caminho para que a interpretação abandone o esquema sujeito-objeto para dar lugar a uma interpretação pautada no esquema sujeito-sujeito, onde interpretar é compreender. Assim, a partir desse *Ser* jogado no mundo da linguagem, a hermenêutica jurídica abandona a ideia de sistematização dos processos de interpretação, para dar lugar a uma hermenêutica jurídica que não se contenta com a ideia de resgatar, no ato interpretativo, a intenção do legislador. Isto porque não pode o legislador prever, na generalidade da lei, todas as circunstâncias da realidade concreta, posto que o universo do real é mais complexo do que o universo dos textos jurídico-normativos. Vale dizer, conforme afirmava Gadamer, que há um abismo intransponível entre a realidade e a lei, e esta não tem a capacidade de imaginar um sistema que possa prever todas as verdades jurídicas (STRECK, 2014, p. 363). Isto faz da interpretação da lei uma tarefa criativa.

A tarefa da hermenêutica jurídica, portanto, mais do que encontrar o sentido de um texto jurídico-normativo, é uma tarefa da compreensão verdadeira da generalidade que o texto vem representar para o intérprete. Este, enquanto sujeito inserido em um dado ambiente histórico e cultural, *produz* o sentido do texto jurídico, através da sua interação com os fatos e a história em que está inserido. Esta concepção, advinda da filosofia de Gadamer, leva em conta que o sujeito não é alguém isento do mundo, que lança seu olhar sobre um objeto como se dele não participasse na linguagem. Ao contrário, sendo o intérprete *ser-no-mundo*, desde logo compreende o objeto, posto que já está inserido em uma cadeia de significações. Assim, a tradição – ou seja, as estruturas preexistentes da compreensão – será o ponto de partida do processo hermenêutico, pois o intérprete nela está inserido. A partir da tradição, o processo hermenêutico deriva para a compreensão, e sem ela é impossível interpretar. Por sua vez, a compreensão é ínsita ao intérprete, sujeito inserido na tradição, que tem a capacidade de compreender um dado determinado, ainda que não possa explicá-lo racionalmente, a exemplo do pai que esclarece para seu filho a lei da gravidade, ainda que não conheça as complexas formulações propostas por Newton ou Einstein (FLICKINGER, 2014, p. 37).

É importante destacar que a compreensão implica em uma antecipação de sentido, que por sua vez é preconcebido na tradição. Todavia, a compreensão abre a possibilidade para que o intérprete não se mantenha em uma atitude passiva frente à autoridade da tradição, vez que a compreensão não se limita na contemplação do objeto, mas busca desenvolver uma aproximação circular, onde sujeito e objeto se aproximam em um processo de compreensão

um do outro, gerando novas interpretações que, por sua vez, renovam a tradição. Este renovar da tradição, que é uma adição de uma nova interpretação às preexistentes, torna possível abrir um leque de possibilidades de escolha para o intérprete no processo interpretativo. Portanto, a tradição não fornece uma resposta certa para as questões a serem solucionadas, mas limites para que o intérprete possa escolher como construir o sentido através da criatividade e da crítica.

Por sua vez, quando algo novo nos desafia e desperta a nossa atenção, é que iniciamos o processo de compreensão. Cabe ao jurista, dentro da produção crítica e criativa, apropriar-se da compreensão – deste desafio que desperta a atenção do *Ser-no-mundo* – e abrir-se para múltiplas possibilidades interpretativas, onde o direito deve ser compreendido a partir das condições de possibilidade de sua própria existência, a partir das possibilidades do intérprete (*ser-no-mundo*), e a partir da interação do intérprete com outros intérpretes (*ser-com-os-outros*).

Nesta condição, todavia, os pré-juízos (falsos e verdadeiros) devem ser suspensos (GIACIOIA JR., 2013, p. 36), para que o intérprete, então, possa penetrar no mundo histórico, mundo esse em que está mergulhado na linguagem, para então, reduzir o abismo entre a generalidade da lei e a realidade do caso concreto, produzindo nova interpretação e renovando a tradição. Não se pode olvidar que o juiz, enquanto aplicador da lei, está inserido no contexto da teoria jurídica (doutrina e jurisprudência), que por sua vez forma a sua pré-compreensão e é a sua condição de possibilidade enquanto ser (juiz) na linguagem. A suspensão dos pré-juízos, neste desiderato, além de não promover uma objetificação do texto, possibilitará a aplicação deste ao caso concreto, proporcionando que o ser do Ente (texto jurídico-normativo) se revele. Do contrário, sem suspensão dos pré-juízos, estaríamos diante de interpretações inautênticas, na medida em que os pré-juízos, quando falsos, nos levam ao mal-entendido, e quando verdadeiros, são a pré-compreensão advinda da tradição, que não se renova. É o que nos ensina STRECK (2014, p. 370):

*“Se estamos desde sempre na linguagem e falamos a partir da tradição, os pré-juízos representados pelo velho modelo de Direito pré-formam o nosso olhar sobre o novo que, neste caso, nem sequer pode ser visto como novo, pois o novo somente será novo se tivermos a linguagem apropriada (que é condição de possibilidade) para dizê-lo/compreendê-lo, isto é, se pudermos tratá-lo (fazê-lo ser) pela linguagem. Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido”.*

No direito, a interpretação sempre surge de casos concretos (aplicação). É, portanto, quando algo nos desafia, nos interpela, que se estabelece a condição hermenêutica. Portanto, a hermenêutica filosófica pretende, neste particular, afastar a ideia que o texto é um objeto, do qual o sujeito cognoscente se aproxima para dele extrair significações, como se o texto fosse uma entidade autônoma e externa, tivesse existência própria, de modo que a interpretação fosse pré-moldada, repetível, sem conexão com a história e os fatos, estes que são a necessária abertura para a compreensão, enquanto única possibilidade de interpretação e da concretude.

Finalizamos este capítulo - que se encerra com o estado da arte em nossos dias – com a chave de ouro que podemos encontrar nas palavras poéticas de STRECK (2014, p. 373): *“Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplicá-la no mundo da vida!”*.

## CAPÍTULO II DO DISCURSO À NORMA JURÍDICA

Desde que o homem descobriu a escrita, os textos tornaram-se o suporte adequado para a transmissão da cultura através das gerações. É por essa razão que frequentemente ouvimos que as gerações passam, mas os textos sobrevivem, e através dos textos redescobrimos nossas origens, conhecemos como viviam nossos antepassados e compreendemos a nossa evolução enquanto sociedade. Através dos textos jurídico-normativos, por sua vez, conhecemos a evolução da sociedade organizada e a regulação das condutas intersubjetivas no tempo e no espaço, tarefa que é realizada pelo historiador do direito. Nada saberíamos a respeito de Sócrates, por exemplo, se não fossem os textos de seus discípulos que a nós chegaram, assim como hoje podemos compreender a estrutura da Monarquia Constitucional através dos textos jurídico-normativos que remontam à formação jurídica do Estado brasileiro, ocorrida a partir de 1824.

Com efeito, os textos comunicam, e nesta função veiculam mensagens, vale dizer, são o suporte físico nos quais se encontra o enunciado o discurso: o plano da manifestação ou da expressão da linguagem. Este discurso é produzido enquanto uma mensagem veiculada pelo emissor ao interlocutor, com o qual entre eles se estabelece um diálogo cuja finalidade é produzir um determinado sentido. Os discursos, forjados ao longo da história e reforjados a partir das interpretações que sobre os discursos são feitas através dos tempos, nos permite acessar o conhecimento na perspectiva da enunciação, mas também da hermenêutica, e por sua vez, compreender não só o sentido dos textos mas também a projeção do pensamento dos autores. A esta circunstância de reelaboração perene, a hermenêutica filosófica denominou como *tradição*.

A especificidade das ciências humanas – das quais o direito é parte indissociável – na visão de BAKHTIN “*está no fato de que seu objeto é o texto (ou o discurso)*” (BARROS, 2005, p. 26). Esta concepção, situando o texto no seio da perspectiva científica voltada para o homem – e no caso do direito, podemos voltar o homem para as prescrições relativas às condutas intersubjetivas, às estruturas de organização das instituições da sociedade (Estado) e aos procedimentos jurídicos em geral – encontra no discurso jurídico, veiculado pelo *texto normativo*, o objeto de estudo do intérprete, eis que é este o veículo introdutor de normas jurídicas no sistema do direito positivo.

Uma teoria do discurso, conforme proposta por BAKHTIN, está pautada pela dialogia, uma vez que o emissor dialoga em primeiro lugar com o seu interlocutor. Para que o

sentido e alcance de um texto seja compreendido pelo interlocutor, é preciso que o emissor da mensagem se dirija a este, utilizando a mesma língua, esperando que o receptor da mensagem a compreenda. Da mesma forma, os textos dialogam com outros textos, dentro de uma intertextualidade que os torna, uma vez produzidos, discursos não repetíveis. Essa característica se observa também no discurso jurídico, uma vez que o legislador, mediante o texto dialoga com o receptor da mensagem normativa, adotando no texto expressões que são do domínio linguístico do intérprete, utilizando tanto expressões técnicas quanto expressões vulgares da língua. Por outro lado, o emissor dialoga com outros textos, de modo que os conceitos jurídicos permeiam todo o sistema, desde o texto constitucional até uma cláusula de contrato.

Essa dialogia determina o caminhar do intérprete pelos textos do sistema como um todo, que formam o tecido do discurso jurídico, na tarefa que lhe é conferida enquanto interlocutor e reproduzidor do texto, formando assim, através da aplicação, um novo discurso, que se insere no mesmo sistema, fechando assim a relação intertextual.

A lei – e aqui a tomamos em sentido genérico enquanto produto da atividade legislativa em qualquer grau de hierarquia, inclusive constitucional - é ato que expressa um sentido pensado pelo legislador, ou seja, é o discurso que enuncia o direito positivo. Derivada de um processo de participação popular ou emanada de um poder totalitário, o texto da lei contém mensagens comunicativas que nos vinculam ao cumprimento de uma conduta baseada em um *dever-ser*, sob pena de incorrer em sanções, de modo que a ninguém é lícito descumprir a lei alegando o seu desconhecimento. Uma vez enunciado o discurso do legislador no plano da manifestação, através do texto, este discurso representa a voz do Estado, trata-se de um ato de fala da autoridade legalmente constituída. Este ato de fala de caráter imperativo, enunciado através do texto da lei, exprime o discurso do poder, discurso esse que não é somente contemporâneo, mas continua a se exprimir no curso do tempo, até que seja substituído por outro ato imperativo de fala, que exclui o texto inicial do sistema. De modo muito peculiar, dentro de sua visão acerca dos discursos, FOUCAULT (2013, p. 21) definiu que os discursos jurídicos são:

*“os discursos que estão na origem de certo número de atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles, ou seja, os discursos que, indefinidamente, para além de sua formulação, são ditos, permanecem ditos e estão ainda por dizer”.*

A publicação da lei, enquanto fruto da produção legislativa é o suporte formal da mensagem do discurso do legislador. A partir do texto da lei, validado pela sua publicação e

revestindo-se da formalidade prescrita pelo sistema, o juiz enquanto intérprete retoma o discurso nela contido, produzindo assim um novo ato de fala: a sentença. Este novo ato de fala, entendido enquanto uma nova mensagem discursiva – só que neste momento não mais abstrata – que constrói para o caso concreto a norma jurídica aplicável. Portanto, a decisão judicial nada mais é do que um novo discurso acerca do discurso jurídico que lhe precede (a lei), e que assume dentro do sistema jurídico a posição de discurso concreto.

Embora pareça um conceito confuso de início, mas dada a importância para a teoria do discurso jurídico, nos valem desta reflexão de Foucault acerca do controle dos discursos, eis que o discurso jurídico tem o perfil de controlar a si mesmo, através de procedimentos internos e esta circunstância é extremamente relevante ao trabalharmos com a motivação das decisões. Com efeito, enquanto sistema, o direito é um discurso que exerce controle sobre si próprio, eis que são nos textos jurídico-normativos do direito positivo que encontramos as personagens autorizadas pelo sistema a introduzir novos textos, ou seja, enquanto novos atos de fala do poder soberano, que senso comum chamamos de legislador; também nos textos jurídico-normativos do direito positivo que encontraremos o procedimento que deve ser observado para que novos textos sejam introduzidos no discurso jurídico, e que nosso ordenamento positivo denomina como processo legislativo; e também, são nos textos jurídico-normativos do direito positivo que encontramos as personagens autorizadas pelo sistema para produzir atos de fala acerca do discurso jurídico, de modo que a interpretação do discurso, evidenciada por um novo discurso acerca do primeiro – em uma atividade incessante de retomar o texto e sobre ele dizer o que foi dito – é a atividade da jurisdição.

A jurisdição, enquanto atividade típica do Poder Judiciário, advinda do latim *jurisdicere* (*dizer o direito*), nada mais é do que o controle do discurso pelo próprio discurso. O juiz é em primeiro lugar autorizado pelo enunciado do texto jurídico-normativo para interpretá-lo. E nesta tarefa de interpretação não deve se desviar do sentido proposto pelo enunciador ao dizer algo sobre o enunciado. Neste aspecto, o juiz ao aplicar a lei, motivando sua decisão, exerce na visão de Foucault um *comentário*, ou seja:

*“permite construir (e indefinidamente) novos discursos: o fato de o texto primeiro pairar acima, sua permanência, seu estatuto de discurso sempre reatualizável, o sentido múltiplo ou oculto de que passa por ser detentor, a reticência e a riqueza essenciais que lhe atribuímos, tudo isso funda uma possibilidade aberta de falar. Mas, por outro lado, o comentário não tem outro papel, sejam quais forem as técnicas empregadas, senão o de dizer enfim o que estava articulado silenciosamente no texto primeiro”* (FOUCAULT, 2013, p. 24).

E concluindo suas meditações acerca do *comentário* conclui FOUCAULT (2013, p. 24):

*“o comentário conjura o acaso do discurso fazendo-lhe sua parte: permite-lhe dizer algo além do texto mesmo, mas com a condição de que o texto mesmo seja dito e de certo modo realizado”.*

Esta mesma ideia é também proposta por FIORIN, ao trabalhar com o percurso gerativo de sentido do discurso, como veremos mais a frente, todavia, neste momento, se faz relevante citá-lo, para clarificar o raciocínio ora desenvolvido:

*“Inúmeras vezes ouvimos dizer que o texto é aberto e que, por isso, qualquer interpretação de um texto é válida. Quando se diz que um texto está aberto para várias leituras, isso significa que ele admite mais de uma e não toda e qualquer leitura. Qual é a diferença? As diversas leituras que um texto aceita já estão nele inscritas como possibilidades. Isso quer dizer que o texto que admite múltiplas interpretações possui indicadores dessa polissemia. Assim, as várias leituras não se fazem a partir do arbítrio do leitor, mas das virtualidades significativas presentes no texto”* (FIORIN, 2014, p. 112).

Vale dizer, a enunciação enquanto atividade típica do Poder Legislativo tem a tarefa de proferir o discurso abstrato acerca das condutas humanas, dos procedimentos jurídicos e da estrutura e organização do Estado. Este ato de fala, como já dito, de caráter imperativo, é construído através da linguagem mediante o depósito dos atos de fala no plano da manifestação dos textos jurídico-normativos, suporte físico da transmissão da mensagem do órgão político. O discurso do Judiciário, por sua vez, toma o texto como objeto da interpretação, e através do mecanismo do comentário, em que se move para dizer algo acerca do texto, produz uma metalinguagem acerca da linguagem-objeto, como nos adverte BAKHTIN (1997, p. 18):

*“Se o comentário se situasse no mesmo nível do texto estudado, os dois versariam sobre o mesmo objeto e seu debate concerniria à verdade. Ao estabelecer uma ruptura radical entre os dois, o comentário renuncia à questão da verdade do texto e limita-se à do seu sentido, à descrição de suas formas e de seus funcionamentos. Desse modo, o texto estudado se torna um objeto (uma linguagem-objeto), e o comentário atinge a categoria da metalinguagem.”*

Portanto, para Foucault, o discurso jurídico é um discurso que exerce controle sobre si mesmo, de modo que tanto os atores de produção e interpretação do texto são por ele mesmo dados. Desta forma, se poderia inferir que o discurso jurídico tomado sob um sistema

de controle interpreta a si mesmo, na medida em que na atividade jurisdicional, muito embora o juiz venha a produzir um novo ato de fala acerca do enunciado legislativo, este ato de fala todavia está vinculado a um comentário sobre um texto primeiro, uma metalinguagem produzida a partir de uma linguagem-objeto. Portanto, ao juiz é dado dizer o direito no caso concreto, produzindo um novo discurso que, no entanto, não pode ser desvincilhado do discurso que lhe precede.

A isto, a técnica do discurso jurídico tem chamado de *subsunção*, que se refere ao exercício da atividade jurisdicional dentro dos paradigmas da linguagem preexistente no sistema, onde o trabalho do juiz é adequá-la ao concreto, estabelecendo uma conexão entre o texto jurídico-normativo e a realidade do caso. Esta postura, no entanto, mereceu as críticas dentro da hermenêutica filosófica, tal como proposta por Gadamer, que tem nas estruturas prévias da compreensão o paradigma utilizado pelo juiz no processo gerativo de sentido. Assim, o ponto de contato entre a realidade do caso concreto e o texto jurídico-normativo reside no simples fato que compreendemos e aplicamos o texto, dentro das circunstâncias de cada situação, conforme recorda STRECK (2014, p. 130):

*“Gadamer sempre falou da exigência do exame de todos os sinais característicos da situação, que é explicitada como método de revisão dos próprios preconceitos no seu horizonte histórico, e confrontada com as exigências concretas que partem da própria situação (hermenêutica). Não se pode confundir aquilo que Gadamer assevera acerca da impossibilidade de cisão entre compreender e aplicar, com a circunstância de que a compreensão deva se dar em ‘um bloco homogêneo’. Applicatio significa impossibilidade de ‘acoplar’ conceitos a coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser ‘encaixados’ às ‘coisas-ainda-sem-sentido’. É isso que significa applicatio.”*

É o discurso jurídico, portanto, um tecido composto por uma malha de textos jurídico-normativos, que são enunciados pela autoridade determinada pelo sistema (legislador enquanto a autoridade política) e interpretável pelo interlocutor também determinado pelo mesmo sistema (autoridade judiciária), vez que o destinatário do texto é aquele que vai – dentro de uma relação jurídica processual – realizar o percurso gerativo de sentido e aplicar como resultado da atividade hermenêutica o direito ao caso concreto.

Esse percurso gerativo de sentido, dentro da teoria dos discursos, tem por finalidade obter a compreensão do sentido cujas marcas estão presentes no texto, conforme veremos no tópico a seguir.

## 1. Percurso Gerativo de Sentido

Sendo o texto (ou discurso), na visão de BAKHTIN, *o objeto das ciências humanas* em geral, e do direito em especial, tais discursos são enunciados com determinadas marcas semânticas pretendidas ou desejadas pelo seu emissor, ou seja, o texto é produzido para fazer sentido.

Em que pese se possa conceber um discurso desconexo e divorciado da lógica, tal circunstância somente seria concebível no plano da excentricidade, ou ainda, como produto de uma mente desconectada da sua realidade existencial, como sugeriu WITTGENSTEIN (1968, p. 61) na ideia de que “*não podemos pensar nada ilógico, porquanto, do contrário, deveríamos pensar illogicamente*”. Destarte, o fruto do pensamento humano, veiculado através da linguagem, é sempre uma estrutura lógica, pois nossa rede neural compreende e armazena os dados da realidade logicamente. Por esta razão é que ao construir um enunciado, sempre se busca que o sentido da mensagem seja compreendido pela lógica do interlocutor. Desviar-se desse caminho é construir o sem-sentido.

Assim, aferir o sentido de um discurso, em especial de um discurso jurídico, é compreender a mensagem comunicada pelo texto jurídico-normativo, mensagem proveniente do enunciado de um ato de fala do legítimo enunciador, isto é, a autoridade reconhecida pelo sistema para a produção do texto. E o legislador, dentro de sua função institucional, tem o dever concreto de produzir o texto com clareza suficiente para que seu sentido seja compreendido pelo interlocutor, de modo a cumprir a sua função social prescritiva de condutas que garantam a coexistência pacífica em sociedade, e não proferir discurso desconexo, confuso, ambíguo, que ao contrário, produz a insegurança jurídica.

A compreensão da mensagem, todavia, não é tarefa do legislador, enquanto a autoridade enunciativa do discurso. Sua empreitada se exaure no exato momento em que exterioriza sua fala através do texto, de modo que sua função na teoria comunicacional é essencialmente retórica. Vale dizer, a comunicação jurídica, sendo essencialmente *triádica*, acrescenta o juiz enquanto um terceiro elemento na comunicação da mensagem para com o público, ou seja, o destinatário do discurso, e que está obrigado, proibido ou permitido a *cumprir/exigir* a conduta regulada pelos enunciados do texto. Enquanto terceiro elemento, o juiz, por sua vez, assume neste contexto tanto a função de receptor que interpreta a mensagem deôntica, quanto também como enunciador de um novo ato de fala no âmbito da motivação da decisão judicial (FERRAZ JR., 2015, p. 84).

Embora no processo comunicacional exista a preocupação do enunciador com a linguagem utilizada, para que exista a efetiva compreensão da mensagem pelo receptor, preocupação essa que se nota pelas marcas semânticas existentes no texto, caberá ao receptor, no entanto, dentro de um percurso gerativo de sentido, alcançar o sentido depositado no texto e estabelecer uma conexão entre o ato de fala com as circunstâncias existenciais em que o texto será aplicado.

Schleiermacher, em sua hermenêutica universal, buscava resgatar o pensamento do autor do texto, reconstruindo assim o seu processo criativo. Em que pese as críticas sofridas pelo “pai da hermenêutica” nesta recriação do pensamento do autor, a ele não se pode rechaçar razão quanto à tarefa do receptor em resgatar o sentido do texto, presente nas marcas da enunciação do discurso. Tratava-se, este resgate, do principal papel atribuído por Schleiermacher ao processo hermenêutico, conforme nos atesta SCHMIDT (2013, p. 26):

*“o discurso se move do pensamento interno para sua expressão externa na linguagem, enquanto a hermenêutica se move da expressão externa de volta para o pensamento como o significado dessa expressão”.*

Embora categórico, a esta altura não é impertinente afirmar que os textos trazem implicitamente um sentido “desejado” pelo emissor, e é tarefa da hermenêutica resgatar esse sentido. Esta ideia já se fazia presente no pensamento de Heidegger quando formulou a sua descrição ontológica do círculo hermenêutico. Esta circunstância também vem observada por SCHMIDT (2013, p. 150), analisando o trabalho do filósofo da Floresta Negra:

*“o intérprete precisa inicialmente pressupor que o texto tem tanto uma unidade imanente de significado, ou seja, que ele é coerente, quanto que aquilo que ele diz é verdade”.*

Portanto, se o enunciador pretende no ato de produção da mensagem que o texto seja compreendido, vez que o texto em si mesmo está dotado de uma carga de significação, a tarefa do intérprete é caminhar pelo percurso da geração de sentido. Por esta razão é que devemos levar em conta os elementos que constituem o discurso, nos quais se torna possível identificar as marcas semânticas e sintáticas da enunciação, e assim, nos aproximarmos do sentido que pretendeu-se conceber na construção do texto. Esta concepção, nos discursos em geral, é de relevância significativa para compreender o percurso gerativo de sentido da mensagem deôntica, própria do discurso jurídico, visto que o legislador, conforme veremos mais a frente comunicou, a título de mensagem, uma norma jurídica.

Portanto, no presente tópico analisaremos como ocorre o percurso gerativo de sentido dos textos em geral, dentro da teoria do discurso, para depois, no tópico subsequente, analisarmos o percurso que parte do texto para a norma jurídica.

Em primeiro lugar, qualquer percurso se inicia com uma atitude ativa do sujeito cognoscente. O intérprete se posiciona diante do texto para compreendê-lo e dele extrair uma mensagem, o sentido que se buscava imprimir na produção do texto. Esta atitude ativa, via de consequência, revela que o intérprete já possui uma visão parcial do texto enquanto objeto de análise. Trata-se de uma visão inicial, particularizada, na medida em que o intérprete não analisa em um primeiro momento o texto sob todos os ângulos possíveis, mas apenas através das estruturas prévias da compreensão e da lente da tradição, nos valendo aqui da terminologia utilizada, respectivamente, por Heidegger e Gadamer.

Com efeito, ao analisar filosoficamente a compreensão e a interpretação, dentro de sua abordagem fenomenológica, HEIDEGGER (2006, p. 211) lecionou:

*“Tudo o que está à mão sempre já se compreende a partir da totalidade conjuntural. Esta, no entanto, não precisa ser apreendida explicitamente numa interpretação temática. Mesmo quando percorrida por uma interpretação, ela se recolhe novamente numa compreensão implícita. E é justamente nesse modo que ela se torna fundamento essencial da interpretação cotidiana da circunvisão. Essa sempre se funda numa posição prévia”.*

Portanto, o intérprete não inaugura a compreensão através de uma visão original do texto, mas compreende o texto a partir de uma posição prévia da sua existência como *ser-no-mundo*. Compreender o sentido de um texto é compreender o todo, principalmente em vista da expectativa de se encontrar um sentido determinado, particularidade que foi muito bem explorada na obra de GADAMER (2014, p. 356):

*“Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.*

Dentro de um traçado de produção de sentido, o intérprete se vê diante da necessidade de colocar-se em mais de uma perspectiva, considerando pontos de vista opostos

na análise do discurso, postura que o leva a conciliar as várias significações possíveis, e dentro do consenso, compreender o sentido, conforme indica FIORIN (2014, p. 19):

*“a passagem da conjunção com um ponto de vista para a conjunção com múltiplos pontos de vista implica a substituição da polêmica pelo contrato, da confrontação pela conciliação”.*

Portanto, diante do texto enquanto objeto de análise, o intérprete se vale da diversidade de pontos de vista, vale dizer: uma oposição semântica. Esta oposição, que conjuga a categoria *parcialidade* contra a *totalidade*, faz como que o intérprete, partindo da sua visão pessoal e concreta, possa atingir o consenso, aqui compreendido enquanto a visão múltipla dos vários pontos de vista. Esta oposição semântica auxilia o intérprete a atingir uma visão mais abstrata do texto, na medida em que compartilha das várias experiências proporcionadas pela multiplicidade de pontos de vista que, por sua vez, demonstram pelo consenso o sentido desejado pelo enunciador.

O percurso gerativo de sentido, dentro da teoria do discurso, é uma sucessão de níveis em um processo que parte do mais simples para o mais complexo, retornando ao mais simples. A teoria do discurso classifica esses níveis, também denominados como estruturas fundamentais, em nível fundamental, nível narrativo e nível discursivo, que por sua vez são compostos de um componente sintático e de um componente semântico, finalizando o texto no nível da manifestação. Vale dizer, o componente sintático no percurso gerativo de sentido é de ordem relacional, pois se constitui de um conjunto de regras que rege o encadeamento das formas de conteúdo na sucessão do discurso, permitindo, assim, diversos conteúdos semânticos em que cada combinação produzirá um determinado sentido. Valemo-nos da clareza de FIORIN (2014, p. 21) para explicar:

*“A distinção entre sintaxe e semântica não decorre do fato de que uma seja significativa e a outra não, mas de que a sintaxe é mais autônoma do que a semântica, na medida em que uma mesma relação sintática pode receber uma variedade imensa de investimentos semânticos”.*

Vamos analisar mais detidamente os níveis do percurso gerativo de sentido, conforme a teoria do discurso.

### ***1.1. Nível fundamental.***

O discurso jurídico se diferencia dos demais discursos (político, religioso, social etc) não porque emprega uma linguagem técnica-jurídica, mas em razão da existência de

determinadas características que permitem considerá-lo como um subconjunto discursivo, dentro do conjunto dos discursos pertencentes a uma língua natural.

Em seu nível fundamental, o discurso jurídico baseia-se em uma dupla *isotopia*, ou seja, o que determina a iteratividade das categorias de significação e que dão homogeneidade ao discurso. É a isotopia que confere coerência semântica a um texto, tornando recorrentes os traços semânticos ao longo do discurso (FIORIN, 2014, p. 112). A primeira isotopia do discurso jurídico é que ele é um discurso legislativo, que é composto dos enunciados performativos e normativos, os quais conferem existência jurídica a determinados fatos e pessoas. Todavia, essa juridicidade atribuída pelo discurso legislativo advém da segunda isotopia, consistente pelo discurso referencial, entendido como o próprio mundo social anterior à fala que o articula (MAGRI, 2005, p. 02). Daí porque podemos falar em direito objetivo (direito positivo), enquanto o discurso legislativo, e direito subjetivo enquanto faculdade da pessoa exigir algo de outrem, enquanto o tecido do discurso referencial.

Esta dupla isotopia do discurso jurídico, contém em si os fenômenos da produção e da verificação jurídica, sendo que o sentido se constrói ao se depreender do texto todos os elementos de sua significação, do nível mais concreto para o mais abstrato e do mais superficial ao mais profundo, determinando a rede de relações em que o texto se apoia para ter sentido.

Assim é que, buscando os elementos de significação, no nível fundamental do percurso gerativo de sentido, encontraremos as categorias semânticas e fônicas que estarão presentes na base da construção do texto. Tais categorias fundamentam-se sempre em uma oposição (v.g. *parcial* contra *total*). É natural que o intérprete exercite a compreensão de um termo em contraposição com outro que lhe é oposto, desde que ambos pertençam ao mesmo campo do discurso. Esta naturalidade em contrapor termos opostos se faz necessária para compreender o seu sentido, pois como leciona BARROS (2002, p. 17), “*o sentido nasce da descontinuidade, da ruptura, da percepção da diferença*”. No campo jurídico essas oposições são tão naturais que as vezes nem as percebemos, mas estamos diante delas o tempo todo: lei constitucional *versus* lei inconstitucional; fato jurídico *versus* fato antijurídico; legalidade *versus* ilegalidade etc. Assim, compreender o sentido de um instituto, automaticamente nos leva a compreender o seu oposto, posto que percebemos e constatamos as diferenças, o que nos indica o sentido no nível fundamental do discurso.

É isto que explica, por exemplo, que para interpretarmos o texto que confere o direito ao *adicional de trabalho noturno*, naturalmente convergimos nossa observação para a existência de uma jornada de trabalho diurna. Uma vez que percebemos a diferença entre as

jornadas de trabalho, e seu sentido é compreendido. No nível fundamental, para encontrar o sentido do adicional noturno, antes de mais nada temos que realizar a oposição semântica, já que aquele adicional só tem sentido em função do conceito que lhe é oposto.

Esta inclinação de certa forma natural em contrapor os termos opostos se dá no nível fundamental do percurso gerativo de sentido. No entanto, esta oposição deve sempre estar relacionada por expressões que contenham uma particularidade comum, ou seja, elementos que se situam no mesmo domínio do conhecimento e estão pressupostos reciprocamente. Assim, ao contrapormos *pobreza* com *riqueza*, estaremos com dois termos situados no mesmo domínio, denotando uma determinada condição financeira, e por outro lado, a ocorrência de um dos termos pressupõe necessariamente a existência do outro. Isso para afirmar que termos em domínios diferentes criam um sem sentido semântico, a exemplo em se contrapor o termo *sufrágio universal* com *capitalismo*, posto que um termo está situado no campo político, enquanto o outro no território econômico. Uma oposição semântica de tal jaez levaria o intérprete a identificar o sem-sentido na mensagem, que não se prestaria a comunicar a ideia formatada pelo enunciador.

Ainda no nível fundamental do percurso gerativo de sentido, alguns termos podem trazer em si um componente de negação, que via de consequência também autoriza pressupor uma ideia de oposição dos termos no mesmo domínio. Deste modo, o termo *não-cumulatividade* enquanto conceito do direito tributário, converge para um sentido quando pressupomos a existência da *cumulatividade*; o termo *incapacidade civil* pressupõe o seu oposto, a *capacidade civil*. Vale dizer, a partícula de negação em um dos termos implica reconhecer no plano semântico a ausência do outro termo. Nos exemplos que citamos, a *não-cumulatividade* é a ausência de *cumulatividade*, a *incapacidade civil* se constitui na ausência da *capacidade civil*, e assim por diante.

Há que se tomar muito cuidado, no entanto, ao contrapormos dois termos antagônicos onde ambos estão acrescidos da partícula de negação, posto que seu sentido semântico não denota rigorosamente uma oposição. Por exemplo, o *pacto de não agressão* não significa o seu oposto acrescido da partícula de negação, ou seja, a *não defesa*, vez que um Estado pode normalmente se armar contra agressões de Estados vizinhos, ainda que se comprometa por tratado a não agredi-los. Neste aspecto, verificamos claramente que a negação presente em ambos os termos não autoriza reconhecer que há ausência do termo oposto na construção semântica da significação. Vale dizer, o *não agredir* tem um sentido próprio, distinto do *não se defender*.

Como já afirmado, o enunciador concede ao texto um conteúdo de significação latente, de modo que as marcas da enunciação apontam para valores positivos e negativos presentes nas expressões existentes no texto. Estas notas semânticas de valores, todavia, não são atribuídas pelo intérprete ao texto, mas são notas no texto inscritas conforme o sentido que era pretendido pelo enunciador.

O intérprete as reconhece, posto que a projeção das categorias fóricas se dá conforme o ponto de vista do enunciador. Para compreendê-las, recorre-se à qualificação dos valores conforme a *euforia* e a *disforia*, enquanto o estado de espírito do enunciador presente no texto. Um termo eufórico revela um valor positivo, ou seja, que o sentido que o enunciador quis apontar para o termo é suavizado, revelando a ausência de tensão, enquanto, ao contrário, um termo disfórico revela um valor negativo, que aponta para outra direção, ou seja, um natural estado de tensão. Estas notas semânticas são próprias do texto, de modo que o intérprete as compreende, ainda que o seu próprio estado de espírito no momento da aproximação do objeto seja diverso do sentido apontado pelo termo.

O artigo 5º da Constituição Federal enuncia várias expressões que assumem aspectos *eufóricos* e *disfóricos* no discurso. Assim, quando o constituinte diz que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV), o discurso revela a presença desses dois aspectos, na medida em que é eufórico ao pregar a liberdade de pensamento, mas disfórico quando veda o anonimato. O texto em si revela a oscilação do espírito do constituinte, cujo percurso parte da euforia, a afirmação positiva de que é livre a manifestação do pensamento, para a disforia, onde o constituinte condena o anonimato. Agora, vejamos outro inciso do mesmo artigo 5º, que revela o percurso em situação contrária, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (inciso XL), onde o constituinte partirá da disforia, revelando a tensão ao negar a retroatividade da lei, para a suavidade da euforia, onde demonstra sua benesse para com o réu.

Por fim, na sintaxe de nível fundamental, a contraposição de termos realizada pelo intérprete procura construir o sentido do texto mediante um processo de *negação* e *asserção*. Vale dizer, diante do texto, o intérprete é levado a essas duas operações, em um arcabouço lógico que tem início com a afirmação (continuidade), passando pela negação (descontinuidade) e uma subsequente afirmação (sentido/ruptura).

Analisemos o seguinte enunciado da Lei 10.637 de 30 de dezembro de 2002:

*Art. 1º. A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

Para a compreensão, no nível fundamental do percurso gerativo de sentido, e valendo-se das operações de negação e asserção, o percurso do intérprete segue:

- (i) A incidência do PIS/Pasep “é” não-cumulativa (afirmação/continuidade);
- (ii) A incidência do PIS/Pasep “não” é não-cumulativa (negação/descontinuidade);
- (iii) A incidência do PIS/Pasep “é” não-cumulativa (sentido/ruptura).

Vale dizer, dentro do percurso gerativo de sentido, para compreender o sentido do texto, o intérprete inicialmente opera com a asserção, posto que naturalmente aquiescemos ao discurso. Assim, num primeiro contato com o texto, afirma-se que “o PIS/Pasep é não-cumulativo”. Este início de percurso, pautado pela visão parcial do intérprete, demonstra-se claramente assertivo e aponta para a continuidade.

Então o intérprete é conduzido à negação: mas o que significa não-cumulativo?

A questão leva o intérprete naturalmente à oposição semântica, de modo que ocorre a descontinuidade pela negação, ou seja para compreender que o PIS/Pasep “é” não-cumulativo, há que se ter em conta que também poderia ser cumulativo. Daí porque a negação leva em conta a aproximação do intérprete com a multiplicidade de pontos de vista, ou seja, o PIS/Pasep “não é” não-cumulativo, é uma negação existente no percurso gerativo de sentido para tornar possível a compreensão da própria não cumulatividade.

O resultado de que o PIS/Pasep “é” não-cumulativo, neste terceiro momento do percurso gerativo de sentido no nível fundamental do discurso, enquanto uma asserção, configura uma ruptura da visão parcial e o encontro com o sentido manifestado pelo enunciador.

Vale dizer que o juiz, no percurso gerativo de sentido do nível fundamental, como afirma MAGRI (2005, p. 04):

*“(...) tem por objetivo transformar um determinado fato ou ato do nível referencial em um fato ou ato do nível jurídico e depreender se o primeiro se amolda, às exigências do segundo, no que se refere às prescrições e proibições jurídicas. Caso o fato do mundo natural (nível referencial) esteja de acordo com o mundo da cultura jurídica (nível legislativo), será considerado juridicamente válido”.*

Para realizar essa tarefa, o percurso gerativo de sentido passa por tais notas semânticas, que testam as moldagens de significação do fato ou ato do nível referencial, através das oposições semânticas, dos aspectos eufóricos e disfóricos, da asserção e negação, até que as moldagens se encontrem em um sentido adequado no nível legislativo.

## 1.2. *Nível narrativo.*

Um segundo nível do percurso gerativo de sentido é o narrativo, tomando-se em consideração que a narratividade é componente de todos os textos. Todo texto possui uma narratividade mínima (MAGRI, 2005, p. 07).

A narratividade é, na acepção de FIORIN (2014, p. 27):

*“uma transformação situada entre dois estados sucessivos e diferentes. Isso significa que ocorre uma narrativa mínima, quando se tem um estado inicial, uma transformação e um estado final”.*

Na sintaxe narrativa, temos dois tipos de enunciados elementares, a saber, os *enunciados de estado* (normalmente indicados pelos verbos *ser* e *estar*), que são os que estabelecem uma relação de junção (disjunção ou conjunção) entre um sujeito e um objeto, e os *enunciados de fazer*, que mostram as transformações e que correspondem à passagem de um enunciado de estado para outro.

Estes enunciados elementares de *estado* e de *fazer*, organizados hierarquicamente, compõem as narrativas complexas dos textos. Por sua vez, uma narrativa complexa está estruturada em quatro fases, nem sempre no texto dispostas na mesma sequência. Na primeira fase narrativa, denominada *manipulação*, temos um sujeito que age sobre outro para leva-lo a querer e/ou fazer alguma coisa. As narrativas jurídicas demonstram a fase da manipulação quando o legislador enuncia os modais deônticos, ao obrigar, permitir ou proibir uma conduta. Vejamos o texto do artigo 225, § 2º da Constituição Federal, onde temos a marca da fase de manipulação no nível narrativo, quando o constituinte enuncia que “aquele que explorar recursos minerais *fica obrigado* a recuperar o meio ambiente degradado”. É expressa, neste enunciado, a postura do legislador constituinte manipulando o explorador dos recursos minerais para obriga-lo a fazer algo, ou seja, recuperar o meio ambiente degradado.

Uma segunda fase da narrativa dispõe sobre a *competência*, ou seja, o sujeito que vai realizar a transformação central do texto é dotado de um saber ou poder fazer. O tecido do discurso jurídico é rico em narrativas dispendo sobre a *competência*. A exemplo, temos a instituição do Poder Judiciário, dotado da *jurisdição* enquanto um poder/dever de dizer o direito nos casos concretos. Esse poder/dever nasce com a narrativa da investidura, onde se determina os critérios formais para que determinada pessoa possa integrar referido poder e, assim, proferir julgamentos.

A terceira fase, onde se dá a efetiva transformação (mudança de um estado para outro) central da narrativa, é denominada de *performance*. Nesta fase da narrativa, o discurso aponta para o sujeito que opera a transformação ou que entra em conjunção ou disjunção com um objeto. Nas narrativas de condutas proibidas previstas nas leis penais temos ótimos exemplos da fase de performance, posto que o tipo penal previsto corresponde justamente com a ação de transformação a ser realizada pelo sujeito.

Assim, o artigo 121 do Código Penal, ao enunciar “*matar alguém – pena de seis a vinte anos de reclusão*”, descreve uma conduta possível de realização por um sujeito no campo da realidade. Contudo, é um narrar hipotético, que relata a transformação da vida para morte e a respectiva punição. Não se trata de uma narrativa concreta, mas abstrata.

Por fim, o nível narrativo se encerra com a fase denominada *sanção*, onde ocorre uma constatação de que a performance se realizou, fixando no discurso o reconhecimento do sujeito que operou a transformação. Não se trata aqui da sanção enquanto consequência da ação, mas a ação concretamente realizada. A característica desta fase narrativa é a verificação de que a *performance* aconteceu. Assim, a narrativa “*consta do inquérito policial que no dia 01 de Janeiro de 2000, por volta das 21:00 horas, o indiciado Tício, por motivo torpe, disparou arma de fogo contra Caio, produzindo ferimento que resultou na morte deste último, de modo que denuncio Tício como incurso no art. 121 do Código Penal*” é uma narrativa de sanção, eis que demonstra que uma performance efetivamente se realizou.

Estes são os elementos narrativos para formar os enunciados, que por sua vez constituirão as sequências, dentro da sintaxe narrativa. De outra parte, a semântica narrativa se ocupa dos valores insculpidos nos objetos. Os objetos podem ser de dois tipos, ou seja, os objetos modais (o querer, o dever, o saber e o poder fazer, que são necessários para realizar a performance, ou seja, a obtenção de outro objeto) e os objetos de valor, através dos quais se entra em conjunção ou disjunção na performance. O valor do nível narrativo é o significado que tem um objeto concreto para o sujeito que entra em conjunção com ele. Assim, o objeto-valor é aquele cuja obtenção é o fim último do sujeito. Vejamos o que ocorre no direito à propriedade: o ato de levar a registro o título aquisitivo, enquanto a fase de performance do nível narrativo (transformador do estado de não-proprietário para o estado de proprietário), tem no *dever* de registrar o título o seu objeto modal, necessário para a ocorrência da performance. Por sua vez, o desejar o título registrado (a conjunção que o faz adentrar na performance) é o objeto-valor, que é o fim perseguido pelo sujeito, ou seja, tornar-se proprietário. Para o direito de propriedade, no entanto, o objeto modal é que tem importância, posto que o direito de propriedade não está preocupado com o fim que o sujeito persegue. Já

no direito penal, o objeto-valor, ou seja, o fim perseguido pelo sujeito ganha relevância, na medida em que define se uma conduta é culposa ou dolosa no âmbito do discurso em nível narrativo.

### ***1.3. Nível discursivo.***

Ainda caminhando nesta linha de pensamento, temos como etapa do percurso gerativo de sentido o *nível discursivo*, onde a organização do nível narrativo se transmuta, recebendo elementos temporais, espaciais e pessoais, marcando assim a relação entre o enunciador e o enunciado, assim como entre enunciador e enunciatário (BARROS, 2002, p. 81).

Sendo o nível narrativo uma unidade de conteúdo, notadamente abstrata, é no nível discursivo que ela se concretiza em discurso.

Pela clareza, vejamos o que leciona FIORIN (2014, p. 41):

*“No nível narrativo, temos formas abstratas como, por exemplo, um sujeito entra em conjunção com a riqueza. No nível discursivo, as formas abstratas do nível narrativo são revestidas de termos que lhe dão concretude. Assim, a conjunção com a riqueza aparecerá no nível discursivo como roubo de joias, entrada na posse de uma herança, descoberta de uma mina de ouro, aplicação bem-sucedida na Bolsa de Valores, recebimento de um grande prêmio na loteria, etc.  
O nível discursivo produz as variações de conteúdos narrativos invariantes”.*

Se de um lado, o nível narrativo nos oferece um conteúdo, é no nível discursivo que ocorre a concretude das ações previstas no nível narrativo do percurso gerativo de sentido. Assim, se de um lado temos o texto jurídico-normativo traçando a descrição hipotética de condutas e prescrevendo as consequências abstratas, em um nível narrativo, por outro lado temos na motivação da decisão judicial a transmutação das hipóteses descritas de forma abstrata no texto jurídico-normativo para as atividades concretas da vida.

Com efeito, se no nível narrativo temos conteúdos invariáveis, que apenas descrevem os conteúdos do *dever-ser*, é no nível discursivo que os conteúdos ganham variações conforme a realidade concreta, recebendo conteúdos através de pessoas, tempos, locais e relações. Também é do domínio do nível discursivo a teoria do fato, eis que o fato não é uma realidade enquanto um evento não for relatado através de um discurso. Esta circunstância é muito bem equacionada por FERRAZ JR. (1994, p. 278), ao distinguir o fato do evento:

*“É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por Cesar é um evento. Mas ‘Cesar atravessou o Rubicão’ é um fato. Quando pois, dizemos que ‘é um fato que Cesar atravessou o Rubicão’ conferimos realidade ao evento. ‘Fato’ não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”.*

Este nível do discurso, por sua vez, possui aspectos de sintaxe e semântica discursivas, sendo que no âmbito da sintaxe, o discurso perfila critérios consistentes aos esquemas assumidos pelo sujeito da enunciação no ato de produção do discurso, e cuja finalidade é levar o enunciatário a aceitar a comunicação da forma como é discorrida, a saber: (i) as projeções da instância da enunciação no enunciado, onde o enunciador deixa as suas marcas no discurso; (ii) as relações entre enunciador e enunciatário, que por sua vez demonstram que todo enunciador obviamente discursa para um enunciatário, de modo que o nível discursivo apresenta uma imagem do enunciador e do enunciatário, ambas construídas pelo texto.

Sob o aspecto da semântica discursiva, configuram-se elementos que por sua vez integram as formas abstratas do nível narrativo, tais como temas e figuras, de modo que o nível discursivo ganha concretude com a *tematização* e com a *figuratização*. Estas instâncias do discurso, permitem no caso da *figuratização*, remeter o enunciatário a uma figura do mundo natural, a exemplo de um rio, do mar, das florestas, tornando o discurso concreto sob tal perspectiva. A *tematização*, por sua vez, muito embora confira concretude ao conteúdo narrativo abstrato, é um investimento semântico conceptual, que não remete o enunciatário ao mundo natural, mas organiza e ordena os elementos deste mundo, tornando o discurso temático, cujo intento é explicar a realidade.

Por fim, há de se dizer que no aspecto pragmático, o processo gerativo de sentido em seu nível discursivo, trabalha a relação dos signos com os seus usuários (STRECK, 2014, p. 359), vale dizer, onde a abstração da lei ganha sentido através dos conteúdos da realidade, o que nos aponta que no nível discursivo é que se manifesta a fenomenologia da norma jurídica, essencialmente concreta, vez que é por meio do discurso que ela recebe sentido.

#### ***1.4. Nível da manifestação.***

Por fim, todo percurso gerativo de sentido se projeta sobre um plano de conteúdo linguístico. Este plano de conteúdo, por sua vez, somente pode existir mediante um plano de expressão. Vale dizer, o percurso gerativo de sentido é um modelo que simula a produção e a interpretação do significado, ou seja, do conteúdo. Trata-se, portanto, de uma metodologia

que nos permite compreender melhor um texto, pois sabemos intuitivamente compreendê-lo, conforme nos explica FIORIN (2014, p. 44):

*“... que o sentido do texto não é redutível à soma dos sentidos das palavras que o compõem nem dos enunciados em que os vocábulos se encadeiam, mas que decorre de uma articulação dos elementos que o formam”.*

Todo conteúdo necessita manifestar-se de alguma forma, daí porque a *manifestação* faz a junção entre o plano de conteúdo com o plano de expressão, fazendo surgir o texto. Todo texto traz em si inserida a possibilidade de apresentar todos os níveis de geração de sentido, desde o nível fundamental até o nível discursivo, mas é neste último plano que o discurso, enquanto unidade de conteúdo, ganha concretude. Vale dizer, um texto pode ser meramente descritivo, e assim manifestar apenas um dos estados do nível narrativo (a exemplo da manipulação), ou ainda, apresentar tão somente o nível fundamental, com uma afirmação ou uma negação. Da mesma forma, o texto pode ser narrativo e apresentar todos os estágios de transformação. E por fim, o texto é manifestamente discursivo quanto trata de realidades concretas.

Compreendidas estas questões acerca do percurso gerativo de sentido, aplicáveis aos textos de um modo geral, vejamos como este percurso se aplica aos textos jurídico-normativos, de modo a permitir a construção do raciocínio lógico-semântico da norma jurídica, quer sob o ângulo da teoria dos discursos, quer sob o aspecto da hermenêutica filosófica.

## **2. Do texto à norma jurídica**

A partir do texto, o intérprete em uma atitude cognitiva inicia o percurso gerativo de sentido, seja um texto religioso, seja um texto de um periódico, seja um texto jurídico. A postura gnosiológica do sujeito do conhecimento, no caso do texto normativo, é encontrar no texto produzido pelo legislador uma norma jurídica aplicável a determinado caso concreto. Surge uma questão, neste aspecto, fundamental, se as normas estão inseridas no texto, ou seja, se o texto é norma jurídica.

Mas o que é o texto?

Com efeito, sobre o papel se imprime uma multiplicidade de caracteres gráficos, em cujo suporte físico é composto o texto. O texto também pode ser concebido a partir de equipamentos informatizados, onde se acessa o denominado *texto digital*. No passado, enormes tábuas de madeira ou estelas de pedra suportavam o texto, mas ao longo da história se verifica que a evolução tecnológica modificou tão somente o suporte físico dos textos, de

modo que hoje podemos ter acesso ao mesmo texto produzido pelas tábuas da Lei Mosaica em suportes completamente diferentes, a exemplo da versão *e-Book* do Pentateuco.

Assim, essa dimensão física não tem significado por si só, trata-se tão somente de um suporte para a expressão da comunicação. Podemos, portanto, falar em duas dimensões do texto, ou seja, o texto físico enquanto conjunto de letras postas em tábuas, estelas, papel ou meio digital, e uma dimensão do texto enquanto *enunciado*, ou seja, consequência da expressão do pensamento de alguém que foi talhado, impresso ou armazenado digitalmente. Podemos assim exemplificar: quando compro um livro, eu apenas compro o texto (suporte físico), e quando eu leio o livro, estou diante do texto (enunciado) do autor. Vale dizer, o enunciado é o discurso, uma mensagem comunicativa que se expressa através da linguagem em determinado meio físico. O texto é a perpetuação dessa mensagem, o plano da manifestação. Vale aqui trazer o ensinamento de GADAMER (2011, p. 392):

*“O conceito de ‘texto’ aparece nas línguas modernas dentro de dois conceitos diferentes. Por um lado, como texto de escrita cuja interpretação faz-se na pregação e na doutrina eclesial, de forma que o texto representa o fundamento para toda a exegese, mas toda a exegese pressupõe verdades de fé. O outro uso natural da palavra ‘texto’ tem relação com a música. Aqui o texto é para o canto, para a interpretação musical das palavras, e nesse sentido não é algo prévio à música, como algo desligado da realização do canto. Essas duas acepções, naturais da palavra ‘texto’ remontam – ambas – ao uso da linguagem dos antigos juristas romanos, que depois da codificação de Justiniano distinguem o texto legal frente ao caráter discutível de sua interpretação e aplicação. Desde então se lança mão desse termo quando algo não se encaixa bem na experiência e sempre que o recurso à presente realidade dada pode orientar para a compreensão”.*

A tarefa do intérprete é atribuir sentido aos enunciados através da compreensão, decompondo e recompondo o texto, que como trabalhamos no primeiro capítulo desta dissertação, é o escopo da hermenêutica enquanto a arte. Por esta premissa, o papel da hermenêutica jurídica é interpretar os discursos proferidos pelo legislador, que veiculam sua mensagem através do que o senso comum denomina *textos jurídico-normativos*, ou *textos legais*. Com efeito, ao adquirirmos um exemplar do Código Civil Brasileiro, como já afirmado, adquirimos o texto. No entanto, a partir da leitura do artigo primeiro do texto estamos conferindo a dimensão do discurso do legislador e esta é a matéria interpretável, ou seja, os *enunciados*.

Portanto, a partir de tais enunciados, que veiculam o discurso legislativo, exerce o intérprete o trabalho de atribuir sentido às expressões do discurso e, a partir desta construção de sentido, compreender o enunciado, desvelando a norma jurídica, de forma que possamos

traçar o seguinte raciocínio, ainda que de modo sintético, apenas para dimensionar a ideia que estamos discutindo:

Texto (suporte físico) → Enunciado (discurso) → Norma Jurídica (significado)

Como a tarefa do receptor da mensagem legislativa é lhe atribuir sentido, e tal incumbência se inicia com um comportamento ativo do intérprete, a aproximação deste com a mensagem se inicia a partir do texto, enquanto suporte físico. O intérprete se valerá tanto de um texto impresso quanto de um texto digital, e a partir dele, ingressará no universo dos enunciados nele transmitidos, iniciando, assim, o percurso gerativo de sentido, contrapondo termos contrários nos enunciados, identificar expressões eufóricas e disfóricas, percorrer a narrativa do discurso, onde encontrará os aspectos de manipulação, competência, performance e sanção, assim como os objetos modais e de valor, situando a aplicação do enunciado no tempo, espaço e identificando a quem o enunciado se refere, e por fim, estabelecendo as relações entre o enunciador e o enunciado, o enunciador e o enunciatário.

Deste modo, se faz imprescindível que o percurso de geração de sentido leve em consideração a existência de dois discursos independentes, que por sua vez, são atos de fala autônomos e que revelam cada qual um enunciador distinto. O primeiro discurso, atribuído ao poder constituinte, está dotado das categorias de manipulação e competência, na medida em que estabelece diretrizes, direitos e obrigações, que por sua vez deverão ser obedecidas pelo Estado, tratando-se de um discurso do criador do Estado para sua criatura. Este primeiro discurso estabelece as estruturas do Estado, revestindo de competência os órgãos e agentes públicos, os quais passam a partir da aquisição desta competência (investidura por concurso público ou por diplomação em cargos eletivos) a produzir outros discursos.

Aqui, especialmente, se desvela o segundo discurso, atribuído ao legislador, enquanto autoridade competente para produção de textos abstratos, cujas categorias também podem revelar as fases narrativas do discurso da manipulação, competência, performance e sanção. As leis em geral determinam direitos e obrigações, mas também determinam a forma como os direitos e obrigações se constituem no plano do discurso, descrevem as hipóteses do dever-ser, que são passíveis de ocorrência na realidade.

Esses discursos distintos, de enunciadores distintos, foram a base do direito positivo, que por sua vez é o objeto da hermenêutica jurídica.

Assim é que através da motivação das decisões, os dois discursos anteriores são *reproduzidos*, enquanto ato de fala do Poder Judiciário, que tem por função encontrar nos

enunciados do direito positivo a norma jurídica enquanto unidade de dever-ser. Vale dizer, no percurso gerativo de sentido o ato de fala do Judiciário é a o nível discursivo, que se apropria tanto da narrativa da sanção, fazendo com que o plano da performance se realize pela linguagem na realidade, e dando concretude aos enunciados legislativos, ou seja, a potencialidade prescrita no enunciado se torna em ação concreta.

Esses planos distintos, que têm a finalidade de *produzir e reproduzir* o texto, este último mediante o percurso de geração de sentido através da motivação das decisões, só é possível que seja concebido quando se estabelece a distinção dos diversos enunciadorees no sistema do direito positivo, posto que o discurso de um é feito para a interpretação do outro, a saber, o discurso do constituinte é feito para o legislador, que deverá construir o sentido da norma para a produção das leis, assim como o discurso do legislador é feito para um destinatário final, em um relação triádica com o juiz, este que deverá construir o sentido da norma para o caso concreto.

Com efeito, é na separação das funções do Estado que encontramos a diferenciação entre o *texto* e a *norma jurídica*, todavia, como adverte Eros Grau, o texto e a norma não se superpõem, de modo que a construção das normas não é mais importante que a redação dos textos, bem como a hermenêutica jurídica não é mais relevante que a técnica legislativa (GRAU, 2014, p. 43). Tratam-se de funções que se harmonizam e se equilibram, seja dentro do sistema constitucional de separação dos poderes, como no âmbito da teoria do discurso, na medida em que a decisão judicial requer que o juiz reproduza um juízo racional acerca do texto normativo, que por sua vez encerra a construção lógico-semântica da norma jurídica.

### **3. Diferenciação entre enunciado e norma jurídica**

O percurso do raciocínio lógico-semântico da construção da norma jurídica se inicia, como temos afirmado, quando o intérprete (enquanto sujeito do conhecimento) lançando-se sobre o material bruto da realidade da experiência jurídica, isto é, a relação jurídica processual, os fatos e os textos (não necessariamente nesta ordem), sobre este material elabora a norma jurídica através do ato de *aplicação*. E neste percurso gerativo de sentido, há de se considerar a diferenciação entre o enunciado (discurso do legislador) e a norma jurídica (produto da aplicação do texto). Para tanto, se faz necessário compreender o enunciado, enquanto elemento do discurso geral e do discurso jurídico em especial.

Qualquer discurso, composto por uma série de enunciados, é desenvolvido pelo

sujeito da enunciação, sendo este conceito compreendido enquanto “*um ato de produção do discurso, é uma instância pressuposta pelo enunciado (produto da enunciação). Ao realizar-se, ela deixa marcas no discurso que constrói*” (FIORIN, 2014, p. 55). Vale dizer, nenhum enunciado surge do nada, e ainda que o texto não revele a enunciação, sempre haverá um sujeito que constrói o discurso e um sujeito para quem o discurso é construído. O ato de enunciação, portanto, demarca a comunicação de uma mensagem, onde um sujeito (emissor) pretende fazê-la conhecida de outros sujeitos (receptores), de forma que na construção do enunciado, em si mesmo, revela-se uma dualidade, eis que no ato de enunciar já se leva em consideração que o enunciado será compreendido pelo enunciatário. De modo que é forçoso concluir que no sujeito da enunciação se encontra potencialmente duas figuras implícitas ou não (enunciador e enunciatário), na medida em que o discurso é construído visando uma interação do enunciado com o intérprete. Neste aspecto, afirma FIORIN (2014, p. 56):

*“A enunciação define-se como a instância de um ‘eu-aqui-agora’. O ‘eu’ é instaurado no ato de dizer: ‘eu’ é quem diz ‘eu’. A pessoa a quem o ‘eu’ se dirige é estabelecida como ‘tu’. O ‘eu’ e o ‘tu’ são os actantes da enunciação, os participantes da ação enunciativa. Ambos constituem o sujeito da enunciação, porque o primeiro produz o enunciado e o segundo, funcionando como uma espécie de filtro, é levado em consideração pelo ‘eu’ na construção do enunciado. Com efeito, a imagem do enunciatário a quem o discurso se dirige constitui uma das coerções discursivas a que obedece o enunciador: não é a mesma coisa produzir um texto para um especialista numa dada disciplina ou para um leigo; para uma criança ou para um adulto”.*

Tais marcas, no tecido do discurso jurídico são muito expressivas, demonstrando claramente essas duas figuras. Confira-se, a exemplo, o preâmbulo da Constituição Federal, onde no enunciado – “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, (...) promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil*” – se verifica nitidamente a existência, no sujeito da enunciação, de dois personagens distintos: os *representantes do povo brasileiro* enquanto o enunciador e o *povo brasileiro* enquanto enunciatário.

É portanto, o enunciado, uma comunicação que em si mesma carrega uma mensagem para o enunciatário, quanto potencialmente, uma visão prévia de como essa mensagem deverá ser compreendida.

Conforme propôs HEIDEGGER (2006, p. 216 e 217), o enunciado pode ser visto sob três perspectivas distintas acerca do fenômeno que o termo designa, podendo assumir uma significação enquanto *demonstração*, ou seja, quando se “mostra por e a partir de si mesmo”,

que não quer demonstrar um sentido, mas uma representação. É o que ocorre, por exemplo, na expressão “lei revogada”, que não enuncia um sentido em si mesma, mas a representação do enunciado a partir de si mesmo, vale dizer, o que o enunciado representa. Uma segunda significação atribuída ao enunciado é a *predicação*, quando se mostra “a partir de si mesmo e por si mesmo”, ou seja, quando de um sujeito se enuncia um predicado, de modo que o predicado determina sentido ao sujeito. Assim, na expressão “a lei é justa”, podemos encontrar o sentido atribuído ao sujeito pela sua predicação. E ainda uma terceira significação é atribuída ao enunciado, enquanto *comunicação, declaração*, que reúne os dois significados anteriores, ou seja, “o que se mostra a partir de si mesmo e por si mesmo no modo de um determinar-se”, pelo qual se pode chegar tanto à representação do enunciado quanto ao sentido atribuído pela predicação, o que podemos verificar na expressão “a lei revogada era justa”, que ao mesmo tempo que o sentido do sujeito é atribuído pelo predicado, também se pode verificar nitidamente que o enunciado representa-se a si próprio.

Conclui, então, HEIDEGGER (2012, p. 218):

*“O enunciado não paira no ar, desligado e solto, a ponto de poder por si mesmo abrir pela primeira vez o ente como tal; mas já se detém no ser-no-mundo. O que antes se esclareceu a respeito do conhecimento do mundo vale também para o enunciado. O enunciado necessita de uma posição prévia do que se abriu, a fim de mostrá-lo a partir de si e por si mesmo segundo os modos de determinação. Ademais, já reside no ponto de partida da determinação uma perspectiva orientada para o que se vai enunciar. A perspectiva a partir da qual se encara o ente preliminarmente dado, assume, no processo de determinação, a função de determinante. O enunciado necessita de uma visão prévia que desloque, por assim dizer, o predicado a ser explicitado e indicado, incluindo-o implicitamente no próprio ente. Uma articulação do significado daquilo que se mostra a partir de si mesmo e por si mesmo pertence ao enunciado enquanto comunicação determinante. (...) A concepção prévia sempre presente em todo enunciado permanece, na maior parte das vezes, sem surpresas, pois toda língua já guarda em si uma conceituação elaborada. Tanto o enunciado quanto a interpretação têm necessariamente seus fundamentos existenciais numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia.”*

Como se depreende da visão do filósofo de *Ser e Tempo*, o enunciado traduz uma concepção prévia da compreensão, como se no corpo do texto o sujeito da enunciação já concebesse um sentido preexistente. Essa questão de profunda relevância para o processo hermenêutico já fora objeto de reflexão na obra de Kelsen, que influenciou o pensamento de outros tantos juristas de matiz dogmática e lógico-analítica. O jurista de Viena alerta que “*a função do enunciado é a de fazer outrem, além do enunciante, saber algo para enriquecer seus conhecimentos*” (KELSEN, 1986, p. 208).

Logo, enunciado não é norma.

Pelo contrário, é a partir do enunciado que se concebe a norma, desvelando a significação prévia empreendida pelo sujeito da enunciação ao elaborar o texto. Vale dizer, qualquer pessoa pode ter contato com o enunciado do artigo 5º da Constituição Federal – *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”* – e de sua leitura conhecer de seus direitos fundamentais, sem contudo afirmar que tal conhecimento implique o reconhecimento da existência de uma norma jurídica. O sentido do enunciado parece ser para Kelsen, nesta acepção, um texto meramente informativo, ao submeter a outrem uma mensagem comunicativa ou uma expressão do pensamento do legislador.

Com efeito, a enunciação ao produzir o texto, projeta para o plano do discurso o sentido desejado pelo legislador, todavia, o texto em si não é o referido sentido, mas uma projeção do sentido pensado ou desejado. É por esta razão que o Mestre de Viena vai situar a diferença entre o enunciado e a norma jurídica na *“diferença entre a significação da proposição na qual se expressa o sentido do ato de vontade e a significação da proposição na qual se exprime o sentido do ato de pensar”* (KELSEN, 1986, p. 207).

Por sua vez, preciosa a lição de CARVALHO (2011, p. 129):

*“Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas”.*

Ora, o senso comum é emblemático em produzir a confusão entre o enunciado inscrito no texto e a norma jurídica. De certa forma, enquanto neófitos na ciência do direito, também fizemos essa confusão, em muito porque a nossa tradição acadêmica em sua forma pedagógica nos induziu à leitura dos textos como se fossem normas. Assim é que dizemos, muitas vezes, contra a técnica jurídica, que determinado artigo da lei se aplica a uma determinada situação de fato, como se o artigo fosse a norma aplicável. Sendo texto, o artigo não se aplica, mesmo porque quem aplica é o intérprete. O artigo revela um enunciado, e a partir deste enunciado, isolado ou conjugado com outros, o intérprete compreende o sentido e constrói a norma jurídica. É claríssimo, neste aspecto, o pensamento de KELSEN (1986, p. 34):

*“Admite-se a expressão: a norma “reza” que algo deve ser ou acontecer, contanto que através dessa expressão não se induza confundir a norma com um enunciado. Pois a norma não é nenhum enunciado e – como ainda mostraremos com pormenores – precisa ser claramente diferenciado de um enunciado, nomeadamente também de enunciado sobre uma norma. Pois o enunciado é o sentido de um ato de pensamento, e a norma, como foi observado, é o sentido de um ato de vontade intencionalmente dirigido a uma certa conduta humana”.*

Portanto, há uma grande diferença entre o enunciado e a norma jurídica, na medida que a partir dos enunciados que a norma é construída enquanto um sentido voltado para uma conduta intersubjetiva determinado pelo enunciador na produção do texto.

#### **4. Definição de norma jurídica**

A origem etimológica da palavra “norma” vem do latim e está relacionada ao esquadro, enquanto um instrumento utilizado pelos arquitetos e carpinteiros romanos para a medição de um ângulo reto. Enquanto *norma* era o objeto de medição, a linha perpendicular à uma outra linha, formando um ângulo de noventa graus, era chamada de *normallis*. Desta origem adveio a expressão “de acordo com a norma” e não foi por acaso que Kelsen em seus estudos da teoria geral da norma, assim como os artífices romanos que alinhavam seus objetos ao esquadro, faz alusão da interpretação do direito à uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação, ao dizer que:

*“O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 1976, p. 466).*

De tal modo que o jurista, ao confrontar os dados da realidade aos textos produzidos pelo legislador, está em busca do *normallis*, ou seja, do alinhamento perpendicular entre o enunciado legislativo e a conduta existente no mundo circundante para encontrar a moldura adequada que permita regular uma conduta intersubjetiva no âmbito concreto.

Para KELSEN (1986, p. 02):

*“norma dá a entender que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra norma indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, prima facie, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer”.*

Este algo a acontecer, ou conduta prescrita enquanto ato de vontade, nos faz retomar à ideia liberal da vontade geral do povo, da qual o Poder Legislativo é legítimo mandatário, e assim enquanto autoridade constituída legisla para prescrever as condutas socialmente condenáveis (proibidas), aceitáveis (permitidas) ou essenciais para o convívio dos homens em sociedade (obrigatórias). Com efeito, a prática legislativa dentro de um conceito liberal, prescreve o que é *normal*, estabelecendo consequências para o desvio da normalidade, posto que se constitui em uma ameaça para o domínio pacífico da sociedade e a continuidade do fluxo normal da vida. De tal forma que:

*“a norma, portanto, não pode ser concebida sem um conflito com uma transgressão, e esta em uma oposição mais frontal do que aquela existente entre o normal e a multiplicidade de anormalidades que simplesmente se encontram em divergência com o normal. Se o termo “norma” vem de “norma”, a regra, considerada “reta” (por remeter ao grego orthos), o direito se opõe a quem não segue essa linha reta. A norma, portanto, está necessariamente em conflito com outras práticas coexistentes com ela, e que lhe tentam fazer obstáculo ou contornar” (LIVET, 2009, p. 8).*

Portanto, sabemos que a norma jurídica é uma espécie do gênero norma, que por sua vez é um enunciado que veicula um padrão de normalidade no âmbito social, valendo ainda dizer que somente onde há sociedade existem padrões de condutas prescritos. Todavia, esta espécie de norma é dotada de uma característica que a diferencia de todas as outras modalidades normativas, a exemplo das normas éticas, normas de etiqueta social, normas morais, religiosas etc., posto que a transgressão da conduta padronizada pelo legislador fere de tal modo a ordem estabelecida que imediatamente deflagra a intervenção do Estado para garantir as respectivas consequências.

Não que a transgressão de uma norma moral, religiosa, ética ou de etiqueta social, seja desprovida de consequências, visto que a sua violação também foge do padrão de normalidade socialmente estabelecida, todavia, referidas transgressões não despertam o interesse do Estado em promover, através do uso da força, a submissão do transgressor às consequências decorrentes do desvio de tais condutas normativas. Daí, resulta claro que todas as normas são dotadas de consequências para quem as transgredir (sanção), contudo, somente a transgressão de normas jurídicas é capaz de submeter o Estado ao dever de intervenção.

Não é possível, de outra parte, compreender o fenômeno jurídico sem atribuir ao termo *norma jurídica* um caráter de ambiguidade. Desde os estudos de Hans Kelsen, onde se atribuiu à norma jurídica um caráter dogmático, enquanto uma proposição derivada do direito positivo, cujo objetivo é regular os comportamentos dos indivíduos em sociedade, a expressão vem sofrendo diversas críticas, principalmente diante da complexidade de que a dogmática

jurídica, no discurso do positivismo jurídico, não mais atende aos anseios da coletividade que demandam maior celeridade para os avanços sociais produzidos por uma sociedade globalizada, e que exigem que o direito esteja sincronizado com os novos tempos.

Neste aspecto, FERRAZ JR. aduziu que a definição de *norma jurídica* sempre será um conceito aberto, na medida em que:

*“a questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha. As teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto”* (FERRAZ JR., 1994, p. 102).

Assim, poderíamos traçar diversos conceitos para definir o que seja a norma jurídica, sem que o tema se esgote. Contudo, é importante salientar, dentro do que nos adverte HEGENBERG (2002, p. 76), que *“uma definição destina-se a introduzir um termo ‘novo’ numa língua, fixando (de algum modo) seu significado”*. Esta observação é importante, pois sendo o termo *norma jurídica* um termo ambíguo e próprio da Zetética, qualquer definição que adotemos neste estudo não teria o condão de inovar a linguagem, mas apenas conduzir a uma premissa compatível com a conclusão que almejamos desenvolver, que leva em consideração que o juiz constrói a norma jurídica, daí porque enquanto resultado da arte hermenêutica, se faz necessário uma compreensão do que seja este produto da atividade de aplicação do direito. De tal maneira que nos parece adequado, ao invés de adotar uma definição, cotejar definições propostas pelos autores que se debruçaram sobre o tema, identificando o que tais definições apresentam como elementos comuns, e dentro do referencial temático que adotamos, após depurar tais elementos, apresentar uma síntese das definições, que por sua vez identifique os parâmetros que são “apreendidos” pela experiência sensível do juiz no ato de aplicação.

Em que pese a crítica de que a definição de norma jurídica é uma questão zetética e não dogmática, todavia FERRAZ JR. não se esquivou de trazer um conceito dogmático para a norma jurídica, ao afirmar que

*“a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um direito vinculante, coercivo no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (facti species) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade)”* (FERRAZ JR., 1994, p. 123).

Esta definição de norma jurídica estabelece, em linhas gerais, uma significação que divide a norma jurídica em um *antecedente*, enquanto uma hipótese normativa, descritiva de um fato hipotético, que por sua vez é harmonizada com a existência de uma *consequência*, prescritiva de uma conduta, enquanto critério para a tomada de decisão.

Esta visão dogmática da norma jurídica, particularizada na visão do autor, de certa forma guarda consonância com àquela definição proposta por ATALIBA (2014, p. 53), que analisando a norma jurídica na perspectiva do fenômeno da incidência tributária, desvelou a norma jurídica enquanto uma estrutura composta por *hipótese*, *mandamento* e *sanção*. Esta estrutura, guardados os devidos argumentos, também situa uma circunstância antecedente, no âmbito da hipótese, e um mandamento/sanção no seu conseqüente.

Muito embora tenha como tecido de fundo o estudo do direito tributário, mas contemplando ampla visão teórica das normas enquanto fenômeno dogmático, CARVALHO propõe uma distinção entre normas jurídicas em sentido amplo e normas jurídicas em sentido estrito, a saber:

*“A despeito disso, porém, interessa manter o secular modo de distinguir, empregando “normas jurídicas em sentido amplo” para aludir aos conteúdos significativos das frases do direito posto, vale dizer, aos enunciados prescritivos, não enquanto manifestações empíricas do ordenamento, mas como significações que seriam construídas pelo intérprete. Ao mesmo tempo, a composição articulada dessas significações, de tal sorte que produza mensagens com sentido deontico-jurídico completo, receberia o nome de “normas jurídicas em sentido estrito” (CARVALHO, 2011, p. 128).*

Nesta distinção, que tem por finalidade ao mesmo tempo demonstrar um conceito ambíguo de norma jurídica, mas também enfatizar a consistência da norma jurídica em sentido estrito, o autor apresenta enquanto a norma com sentido deontico-jurídico completo, vale dizer, cuja estrutura lógica subdivide-se em uma análise da *hipótese normativa*, enquanto proposição antecedente, que se apresenta enquanto descritora de um evento possível na experiência da vida, e uma análise do *conseqüente*, que prescreve os efeitos jurídicos, uma vez que o evento descrito no antecedente normativo, sendo uma unidade do sistema como um todo, se reveste de completude quando a ele se atribui uma sanção (CARVALHO, 2011, p. 137 e 138).

Outros autores também podem ser citados, cuja terminologia também evidenciam a composição estrutural da norma jurídica enquanto uma proposição composta de uma parte descritora de uma conduta possível no plano do discurso, e uma parte prescritiva de

consequência no plano da aplicação, a exemplo de Kelsen, que anunciou referida relação como *pressuposto/consequência*, assim como Lourival Vilanova, que também asseverou como condição da norma jurídica a relação *antecedente/consequente* (VILANOVA, 1997, p. 112).

Portanto, resta claro que uma definição de norma jurídica não pode desbordar desta estrutura básica, formalizada em “H→C”, que dimensiona dois planos distintos do discurso jurídico, ou seja, o discurso descritivo, que no âmbito do texto normativo tecerá as possíveis condutas ou eventos, no plano hipotético, e um discurso prescritivo, que vincula o intérprete a estabelecer que na ocorrência de um evento descrito, seja aplicada uma consequência (obrigação/proibição), ou ainda, uma não-consequência (permissão).

Trazida essa premissa, vale ainda corroborar as observações acerca do binômio causa/efeito, que encerra um esquema racional demonstrado pelo “Se/então” no plano discursivo, ou seja, “*Se (tais ou quais ações), então (tais ou quais consequências)*” (HEGENBERG, 2002, p. 27). Muito embora, este esquema de raciocínio lógico seja próprio das ciências experimentais, ou seja, “se” aquecermos água a 100° “então” ela ferverá, no aspecto normativo também é possível comparar a relação *antecedente/consequente* à relação *causa/efeito*, de sorte que “se” matar alguém, “então” pena de seis a vinte anos de reclusão.

Também devemos ter em conta que o juiz ao proferir uma decisão, estará também diante de dois níveis distintos do discurso, um primeiro nível descritivo, que encerra na fundamentação a *exposição de motivos* para se atribuir uma consequência/não consequência jurídica a determinado fato submetido na relação jurídica processual, e um discurso prescritivo, considerado no dispositivo da sentença, que efetivamente introduz, após o trânsito em julgado, a norma jurídica concreta no ordenamento jurídico positivo.

Sintetizando, na carência de uma definição categórica, entendemos que podemos compreender da seguinte forma: a norma jurídica a ser construída pelo juiz enquanto raciocínio lógico-semântico da aplicação, é uma relação *antecedente/consequente* que é produzida pelo intérprete a partir dos enunciados do direito positivo, onde se fará presente um componente descritivo, emanado do texto normativo, que veicula uma conduta hipotética, possível de ocorrência no plano da realidade, assim como um componente prescritivo, também emanado do texto normativo em sua totalidade sistêmica (nem sempre a consequência derivará do mesmo texto), que enuncia uma consequência para a hipótese, uma vez que esta se verifique no plano da realidade, estabelecendo uma relação vinculativa entre dois ou mais sujeitos.

## 5. Normas jurídicas enquanto mensagens

O discurso jurídico, como vimos até aqui, é um modelo de comunicação pelo qual o remetente (legislador) envia uma mensagem a um receptor, que neste estudo é compreendido enquanto o aplicador do direito, ou seja, o sujeito do conhecimento que diante do discurso jurídico articula novo discurso, desvelando a norma jurídica individual e concreta. Assim como em qualquer discurso, o emissor tem por finalidade que sua mensagem seja entregue e compreendida pelo receptor. Todavia, no caso do discurso jurídico, onde a mensagem é prescritiva de condutas, disciplinadora de competências ou ainda de procedimentos jurídicos, esta mensagem só se realiza mediante um processo hermenêutico do intérprete, que tem por finalidade obter a significação para o ato de fala do legislador, como leciona CARVALHO (2011, p. 169):

*“As normas jurídicas, entretanto, não incidem por força própria. É indispensável que seja efetuada sua aplicação, isto é, que alguém interprete a amplitude dos preceitos legais, fazendo-os incidir no caso particular estruturas do direito, construindo, a partir de normas gerais e abstratas, outras gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, ou individuais e concretas, para, com isso, imprimir positividade ao sistema, até atingir o máximo de motivação das consciências e, dessa forma, tentar mexer na direção axiológica dos comportamentos intersubjetivos. É no homem que encontramos a fonte da mensagem jurídica; é nele que se armazenam as informações a serem transmitidas.”*

Com efeito, a comunicação se estabelece entre dois elementos: um *emissor* que envia uma mensagem, e um *receptor* que a recebe (BECLUA, 1979, p. 15). Para que a mensagem seja compreendida, entre esses dois elementos estará sempre presente um *código*, onde será dado ao receptor possuir todo o sistema de possíveis significados, de modo que eliminará, por não serem corretos aqueles significados que não se acomodem ao sinal transmitido pelo emissor, sendo básico em todo sistema de comunicação a existência de ao menos duas possibilidades de escolha.

Os discursos jurídicos são formados por um *código linguístico* e é da natureza de tais códigos a existência de *elementos fonéticos* e *unidades de significação*. Os elementos fonéticos (fonemas) de um dado código linguístico, enquanto unidades elementares da língua e que constituem o menor elemento sonoro veiculado, formam um conjunto muito reduzido (estima-se que todas as línguas humanas são compostas entre vinte a setenta fonemas), todavia, a capacidade de tais unidades combinarem entre si formando outras unidades é suficiente para veicular todas as mensagens de uma língua. Os códigos linguísticos, portanto,

tem uma característica muito peculiar, ou seja,

*“bem poucos elementos fonéticos e algumas regras de combinação formam todas as mensagens que já existiram e as que todos os falantes sejam capazes de emitir”* (BECLUA, 1979, p. 21).

O discurso jurídico é articulado enquanto código linguístico, portanto, suas expressões também derivam da combinação de diversos elementos fonéticos. Todavia, em que pese ser um código linguístico, trata-se de um código artificial quando comparado à língua, posto que seu domínio é categoricamente técnico (ARAÚJO, 2005, p. 47).

Portanto, para compreender a norma jurídica enquanto uma mensagem, antes de mais nada é preciso salientar que o direito positivo é um código linguístico comum entre o emissor (legislador) e o receptor (aplicador), de modo que as expressões do direito positivo não são ignoradas entre ambos e quando veiculadas pelo legislador querem *dizer algo*, deflagrando uma significação dentro de um conjunto de ao menos duas escolhas possíveis, cuja escolha pelo receptor permitirá conferir a existência de sentido na mensagem. Vejamos o seguinte exemplo, derivado do enunciado do inciso LXXIII da Constituição Federal:

*“LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

Neste fragmento comunicacional, o constituinte veicula uma mensagem informando que qualquer “cidadão” será parte legítima para a propositura da ação popular. Dentro de um processo hermenêutico, como já vimos anteriormente, é necessário o cotejo entre as possíveis significações de uma expressão, escolhendo àquela que ressalte o conteúdo normativo da mensagem transmitida, e na hipótese do inciso supra transcrito, o receptor deverá cotejar as possíveis significações da expressão “cidadão”, escolhendo o significado que a relacione enquanto a pessoa titular de direitos políticos e afastando a significação do uso corrente da língua que muitas vezes também deflui do discurso jurídico, a exemplo da mesma expressão “cidadão” constante do artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que expressa que

*“Art. 64. a Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à*

*disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil”.*

O cotejo das possíveis significações leva o receptor a desvelar o conteúdo da mensagem do emissor de forma a atribuir sentido à mensagem do emissor, de tal modo que é possível conferir legitimidade ao eleitor para a propositura da ação popular e o direito de qualquer pessoa, eleitora ou não, receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil. Portanto, dentro de um sistema comunicacional, como é o direito positivo, as mensagens são produzidas através de normas jurídicas.

E como nos adverte ARAÚJO (2005, p. 45)

*“para que uma norma apresente o estatuto de mensagem é necessário que ela deflagre um significado. O significado das normas está, mediata ou imediatamente, relacionado com a ordenação das condutas humanas em sociedade. Ou seja, o seu significado é a informação que elas transmitem. Ora, normas transmitem comandos que poderiam ser classificados em obrigações, permissões e proibições”.*

Daí porque se depreende a necessidade de que a mensagem normativa seja decodificada pelo receptor, dentro de um contexto de aplicação aos fatos da realidade da experiência jurídica. Portanto, normas jurídicas são mensagens, todavia, mensagens decodificadas dentro de um processo hermenêutico de construção de sentido.

## **6. Construção da norma jurídica**

A construção de um edifício sempre obedece a um padrão. Não pode o construtor iniciar o edifício pela cobertura para depois construir os andares inferiores e por fim os alicerces e fundações. Para uma construção sólida, é preciso que o construtor obedeça as regras de construção, calculando as cargas que serão suportadas pelos andares, que por sua vez encontram nas fundações a base sólida para a sua sustentação. Sem observância de tais regras, o edifício ruirá, pois se trata de um cálculo exato, de acordo com rigorosas regras estruturais.

Recordemos que a origem da palavra *norma* tem sua origem intimamente ligada à referência das regras de construção, ao esquadro que é utilizado pelo construtor para adequar as medidas a um determinado padrão. As normas em sentido geral são padrões codificados, sejam padrões de comportamento, a exemplo das normas religiosas, éticas e jurídicas, sejam

padrões a serem observados em determinada atividade, a exemplo das normas técnicas. À guisa de exemplificação, ao escrevermos esta dissertação, estamos ligados ao padrão das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), que especifica rigorosamente a disposição do texto, medidas de formatação, fontes, forma de citações etc. Vivemos, portanto, em um mundo padronizado, onde os comportamentos são *standarts* e atestam a conformidade com as regras preexistentes que determinam a uniformidade da vida, de modo que o desvio ao padrão normativo constitui elemento inaceitável, a ser rechaçado pela incompatibilidade com o padrão decorrente do sentido do texto.

O discurso jurídico, proclamando as condutas enquanto *standarts* do socialmente aceitável, difere de outros discursos normativos tão somente por prescrever consequências jurídicas ao desvio de padrão. Enquanto os indivíduos em uma sociedade agem espontaneamente dentro dos padrões prescritos no discurso jurídico, o discurso navega no vazio, vale afirmar, não produz consequências.

Todavia, quando uma conduta apresenta inconformidade com o padrão, mediante o estabelecimento de uma relação jurídica processual, a linguagem do discurso toca o tecido da realidade, sucedendo que o plano da hipótese passa a fazer parte do domínio dos fatos e as consequências, então apenas prescritas no plano do discurso, se constituem de concretude. Esta realidade da experiência jurídica se dá a partir da aplicação, tendo o elemento humano como conexão entre o tecido do discurso e o tecido da realidade social. Ademais, já afirmamos anteriormente, que o julgador ao interpretar o discurso jurídico em vista da ocorrência de uma hipótese de incidência, *construirá* mediante um raciocínio lógico a norma individual e concreta que dispara a consequência aplicável.

Se para o construtor civil os alicerces são a base fundamental para a sustentação de um edifício, o antecedente é para o jurista a base sobre a qual se construirá o raciocínio do consequente. Essa dualidade *antecedente/consequente*, presente em todo o discurso jurídico no plano da expressão, vem para a realidade através de um ato de fala, uma construção lógico-semântica que traduz a vontade do antecedente normativo, para então prescrever o consequente no plano da realidade. Esta construção encontra a mensagem do discurso jurídico, construindo o sentido para a mensagem no plano da experiência.

E se normas jurídicas, então, são mensagens decodificadas a partir de um processo de construção de sentido, mediante um percurso gerativo de sentido na teoria do discurso e pela compreensão enquanto metodologia hermenêutica, podemos neste momento afirmar que as normas jurídicas são uma construção lógico-semântica. São uma construção lógica, posto que o direito é um sistema estruturado em linguagem lógica, obrigando o intérprete a

racioná-lo logicamente, construído a partir das premissas de um dado sistema jurídico, e são uma construção semântica, pois derivam de um processo hermenêutico de compreensão para se aferir sentido ao discurso jurídico-normativo. Esta construção não se dá ao acaso, mas é fruto de uma lógica especial, que confere aos discursos jurídicos em sentido concreto uma pertencibilidade ao sistema em que foram concebidos, posto que texto e intérprete fazem parte da mesma realidade linguística.

Vale dizer, por outro lado, que o processo de construção da norma não significa que o intérprete é o criador da norma. Da mesma forma como o arquiteto concebe a edificação no plano da expressão (projeto) e o construtor a reproduz no plano da realidade (edificação), também as normas jurídicas são *produzidas* pelo intérprete, que identifica no plano da expressão do discurso legislativo o processo criativo da norma, ou seja, “o intérprete não é um criador *ex nihilo*. *Produz a norma não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la*” (Grau, 2014, p. 44).

A tarefa da jurisdição, portanto, é construir no âmbito de relações concretas a norma jurídica aplicável, particularizando um discurso jurídico-normativo para uma relação jurídica individual, e através do princípio da motivação, enquanto metodologia hermenêutica obrigatória, decompor o raciocínio lógico que levou o julgador a atribuir consequências jurídicas para um dos pólos da relação processual, por reconhecer que a conduta efetivada no plano da experiência está em *acordo/desacordo* com o padrão do *standart* descrito pelo discurso legislativo, ou seja,

*“a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) com referência de sua interpretação, atualizando-o, contudo”* (GRAU, 2014, p. 45).

Mas se o intérprete *produz* a norma a partir da compreensão do sentido do texto, podemos afirmar que há um processo homogêneo de construção da norma jurídica, enquanto uma metodologia de raciocínio lógico-semântico? Por outro lado, se *produzir* ou *construir* a norma jurídica é compreender o sentido do texto, é possível construir sentidos diferentes para o mesmo texto, ainda mais se considerarmos que texto e intérprete são forjados no mesmo referencial linguístico?

Tais questionamentos são discutidos ao longo de várias gerações de juristas, em

especial diante do fenômeno de interpretações divergentes sobre o mesmo enunciado jurídico-normativo, e mais a frente retomaremos esta questão. No momento, porém, é importante destacar que a norma jurídica é uma construção linguística, realizada pela compreensão do intérprete do texto jurídico-normativo, e que tal construção se dá sempre no âmbito de uma realidade concreta. Tal qual o arquiteto, o legislador projeta o sentido desejado, mas são as circunstâncias concretas, em sua multiplicidade de fenômenos, que conferem sentido ao enunciado, e é o construtor que vivenciando a realidade concreta que está habilitado a construir o sentido apropriado, escravo que está das circunstâncias do mundo real. Assim como o construtor no dia a dia da construção da edificação tem que interpretar o projeto do arquiteto e adequá-lo às condições reais da obra, que demandam diversas correções e adaptações, o juiz também está mergulhado na mesma realidade existencial, de modo que a aplicação resulta das circunstâncias da realidade. Arquiteto e legislador, cada qual em sua *expertise*, depositam em seus atos de enunciação o resultado desejado, futuro, e que expressam a uma antecipação de sentido. No entanto, é na realidade da experiência que, construtor e juiz, constroem o sentido da enunciação, que resultará no caso do primeiro, em um edifício, e no caso do segundo uma norma jurídica.

### **6.1. Redução Eidética**

O intérprete, enquanto aplicador do direito, em seu ato de conhecimento a partir do ordenamento jurídico, inicia sua jornada a partir de um sistema complexo que é composto de diversos textos jurídico-normativos, que prescrevem uma multiplicidade de condutas, procedimentos jurídicos e critérios de organização estatal.

O ato de aplicação, assim compreendido enquanto o ato de construção da norma jurídica aplicável a um caso particular, se trata de um posicionamento do juiz diante do universo do discurso jurídico, que penetrando nas essências dos termos do discurso, passa a reduzir as complexidades. Para construir a norma, antes de mais nada, o intérprete deverá isolar do conjunto de textos jurídico-normativos, o enunciado discursivo que corresponde à hipótese particular sob seu exame, e este isolamento é *prima facie* um corte radical, de certa forma arbitrário, eis que é uma escolha que exclui outras possibilidades de aplicação, ou em uma acepção Kelseniana, a escolha de uma moldura para o enquadramento da hipótese (KELSEN, 1976, p. 467).

Contudo, esse isolamento temático é um ato de percepção pautado na experiência do

intérprete, que considera todo o universo do discurso, mas atinge através deste corte necessário a essência do objeto discursivo, com o qual será possível o exercício da aplicação. Em verdade, trata-se de reduzir a complexidade do discurso, ao ponto de selecionar uma unidade mínima textual a ser considerada no processo hermenêutico. Esta unidade mínima, enquanto norma jurídica, provocou CARVALHO a conceitua-la enquanto o *mínimo irredutível da mensagem deôntica*, ao afirmar:

*“Ao nos aproximarmos da mensagem do direito posto, em atitude gnosiológica, aceitando o isolamento das normas jurídicas como expediente que imprime uniformidade ao objeto, imperioso se faz um ajuste semântico de maior relevância. De fato, o discurso produzido pelo legislador (em sentido amplo) é, todo ele, redutível a regras jurídicas, cuja composição sintática é absolutamente constante: um juízo condicional, em que se associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto no antecedente. Agora, a implicação é o conectivo das formações normativas, após a leitura dos enunciados prescritivos. E enfatizo a sequência temporal exatamente para deixar claro que os enunciados prescritivos recebem tratamento formal ao serem acolhidos em nossa mente, que os agrupa e dispõe na conformidade lógica daquela fórmula iterativa que mencionamos. Vê-se que os enunciados prescritivos ingressam, na estrutura sintática das normas, na condição de proposição-hipótese (antecedente) e de proposição-tese (consequente). E tudo isso se dá porque firmamos a norma jurídica como unidade mínima e irredutível de significação do deôntico”* (CARVALHO, 2011, p. 193)

Construir a norma jurídica, portanto, necessariamente leva o aplicador a reduzir a complexidade do discurso do direito positivo em busca dessa unidade mínima irredutível, pelo que se vale do procedimento de *redução eidética*, até encontrar um ponto irredutível enquanto proposição prescritiva de *dever-ser*.

Esta ideia, derivada da fenomenologia de Husserl, se faz presente em todo o processo hermenêutico, iniciado pela aproximação do texto legislado, orientando o intérprete na tarefa de compreender as estruturas formais ou ideais, como leciona GIACOIA JR. (2013, p. 37):

*A redução eidética parte da simples percepção sensível e, por meio de sua descrição metódica, desvenda também suas estruturas formais ou ideais, que não são de natureza psicológica ou subjetiva, mas lógicas e universais. Tais estruturas são essências ideais, porém diferentes das ideais platônicas, cuja essência real é admitida em um mundo inteligível. As essências de Husserl são formas de a consciência visar e exhibir seus objetos”.*

Este desvendar das estruturas formais, no âmbito da aplicação do direito, sempre ocorre no momento em que o intérprete procura compreender o objeto a partir de seus elementos essenciais – que como já visto em item anterior, em que procurávamos, através de uma definição de norma jurídica, identificar as estruturas lógicas que a compõem – ou seja, a

hipótese e a consequência (H→C).

Portanto, lançar-se a construção da norma jurídica, tomando como base os enunciados do direito positivo, em toda a sua extensão sistêmica, não é possível se não houver um esquema de raciocínio que possa reduzir toda a complexidade do fenômeno jurídico em unidades elementares singulares, essenciais, que possam tornar possível a aplicação, na medida em que nem sempre o intérprete encontrará em um mesmo texto as proposições que veiculam, simultaneamente, a hipótese descritiva e a consequência prescritiva. Portanto, partindo do universo textual do discurso jurídico, cabe ao intérprete proceder, através da redução eidética, ou seja, através da investigação do *eidos*, do que é essencial, os elementos necessários para que se possa realizar o ato de aplicação. Uma vez mais, GIACÓIA JR. nos socorre, mediante o exemplo, para a compreensão de tão singular conceito:

*“Com Platão, por exemplo, podemos dizer que a essência (o conceito) de cão nada tem a ver com qualquer cão determinado, nem com nenhuma raça canina existente no mundo ou na imaginação. Ela consiste no elemento ideal (eidos, em grego; idea em latim), presente em todo cão empírico e que o caracteriza como tal – e não como um gato –, mas que não é perceptível aos sentidos, apenas discernido pelo intelecto. Platão deu a isso o nome de ideia – entidade de um mundo (metafísico) puramente inteligível (GIACÓIA JR., 2013, p. 57).*

Vale dizer, à guisa de exemplo, diante de um caso concreto em que o juiz tenha que interpretar o conceito jurídico de *propriedade* para fins de decidir sobre uma lide instaurada entre duas partes que discutem a titularidade de um determinado bem, deverá encontrar a essência, ou seja, o elemento que se encontra presente em todas as formas de propriedade existentes no discurso jurídico, e que o diferencia de outras formas jurídicas, tais como o domínio, a posse, a detenção, etc. Uma vez apreendido o *eidos*, ou seja, o elemento comum essencial existente em todas as formas descritas no discurso jurídico, a exemplo da propriedade imóvel, da propriedade móvel, propriedade industrial etc. – que denotam que o elemento comum às formas de propriedade é o registro público – o juiz exerce a compreensão que o bem deve ser atribuído àquele que possui a prova do registro público da titularidade, a quem a lei considera como legítimo proprietário.

Valemo-nos, novamente, da preciosa lição de GIACÓIA JR. (2013, p. 37), cuja exposição poética elucida a situação:

*“(…) As essências de Husserl são formas de a consciência visar e exibir seus objetos.  
Para entender tal procedimento, deve-se partir da experiência cotidiana: por exemplo, a percepção desse prosaico tinteiro sobre a minha mesa.*

*Existem no mundo inumeráveis tinteiros individualmente semelhantes ou individualmente diferentes. Entretanto, todos mantêm a mesma unidade genérica: são tinteiros, e não cinzeiros.*

*Essa ‘tinteiridade’ é apreendida com a percepção sensível do meu tinteiro, mas é completamente diferente dela. Husserl denomina intuição categorial o modo de apreensão das essências pela consciência. Embora as duas formas de intuição possam ser tomadas separadamente, a categorial é baseada na intuição de objetos sensíveis ou imaginários. Meu tinteiro, portanto, apreendido como conteúdo de uma simples percepção sensível, dá lugar a novos atos de consciência visando a seus elementos e sua coerência interna, sua categoria essencial: a ‘tinteiridade’, que não existe separada da intuição sensível e que só pode ser adequadamente compreendida em conexão com outros objetos, como a pena, a caneta, a escrivinha etc. Nem ideias platônicas, nem nomes ou ficções, mas seres ideais, dados de maneira similar à dos objetos sensíveis (seres reais)”.*

Daí porque, compreender o procedimento da redução eidética, enquanto redução de complexidades no encontro da essência ideal não só dos termos do direito positivo, mas principalmente do encontro da unidade mínima irreduzível da mensagem deontica, é ferramenta indispensável no raciocínio lógico-semântico de construção da norma jurídica, visto que a trama textual do direito positivo é de grande riqueza no uso de expressões, conceitos, estruturas e procedimentos, que são comunicados pelo legislador muitas vezes através da mera expressão vulgar da língua, outras vezes mediante o emprego de linguagem técnica, todavia, encontrar no âmbito do ato da aplicação tanto o elemento comum, ou essência da expressão, e mais importante, o elemento sintático invariável, que compõe a hipótese e a consequência e que nos leva à norma jurídica, é de rigor para que a construção da norma aplicável seja coerente com a mensagem legislativa e com o sentido que o texto quer dizer.

De outro lado, não se pode perder de vista que a essência a ser atingida neste processo de redução já é parte intrínseca da linguagem em que está inserido o sujeito do conhecimento. Faz parte do *Dasein*, do *ser-no-mundo*. Não é possível reduzir o fenômeno – para atingir o *eidos* – sem que o intérprete tenha a compreensão da linguagem que constrói o mundo. Sendo a essência estritamente linguística, o mínimo irreduzível não é um objeto a ser conhecido somente enquanto o fruto da operação de raciocínio analítico, mas compreendido no tecido da mesma linguagem em que o intérprete também está inserido.

## **6.2. Fenômenos Semânticos na Construção de Sentido**

A semântica, que tem origem em *sema*, *signo* é uma ciência das significações. Assim como a hermenêutica, cujo escopo visa a compreensão do texto, a semântica dentro da

linguagem almeja a compreensão do signo. Esta observação não escapou às investigações de GADAMER (2011, p. 204):

*“Não é um acaso que dentre as correntes de investigação da filosofia de hoje a semântica e a hermenêutica tenham alcançado uma atualidade especial. Ambas partem da configuração da expressão de nosso pensamento pela linguagem. Não negligenciam a forma primária em que se dá toda experiência espiritual. Ocupando-se com o fenômeno da linguagem, ambas possuem um ponto de vista verdadeiramente universal. Pois o que há no fenômeno da linguagem que não seja signo e que não seja um momento do processo de entendimento?”*

Nascida através dos estudos de Michel Bréal, era um novo ramo linguístico que tinha por objetivo o estudo dos significados das palavras, tanto enquanto um conjunto de elementos em um momento dado de sua história (sincrônico) ou também como um conjunto de sistemas superpostos através da linha do tempo (diacrônico), uma vez que a linguagem evolui, adquire novos elementos, novas regras, assim como elimina outras (BLECUA, 1979, p. 27).

Ao se lançar sobre a interpretação de um texto jurídico-normativo, enquanto processo de aplicação do direito, o juiz se depara com alguns fenômenos que merecem especial atenção para se determinar o sentido e alcance de expressões linguísticas do texto. Isto quer dizer que a comunicação, através do texto, nem sempre é clara e precisa.

Nestes casos, a imprecisão da linguagem utilizada pelo legislador, seja no âmbito da linguagem vulgar ou da linguagem técnica, implicará em um ruído na comunicação. O ruído, conforme esclarece CARVALHO (2005, p. 109) é:

*"Tudo aquilo que perturba em graus diversos a transmissão da mensagem é denominado de ruído pela Teoria da Comunicação. Em princípio, todo processo comunicacional, potencialmente, pode ser afetado pelo ruído. Edgar Morin, assim define o ruído: "chama-se ruído a toda perturbação aleatória que intervém na comunicação da informação e que, por isso, degrada a mensagem, que se torna errônea. O ruído é, portanto, desordem que, desorganizando a mensagem, se torna fonte de erros".*

A semântica, além do objetivo de estudar o significado das palavras, tem ainda por objetivo compreender os fenômenos que trazem ruídos na comunicação, contribuindo desta forma para que o percurso de geração de sentido possa resultar em uma compreensão clara do texto. Assim, ao interpretar um texto, se leva em consideração os fatores temporais, que nos conduzem a compreender as expressões do texto de acordo com a época em que foi escrito, posto que se não compreendermos o sentido de determinada expressão, é muito provável que no curso do tempo ela sofreu modificações. A teor deste pensamento, lecionou GADAMER

(2011, p. 206):

*“Essas relações de equivalência não são, contudo, imutáveis. Elas nascem e morrem assim como o espírito de uma época se reflete de um decênio para outro também na mudança semântica. É só observarmos o crescimento de expressões do inglês na vida social de nossos dias. A análise semântica pode, portanto, também entrever as diferenças dos tempos e o curso da história e, sobretudo, tornar compreensível a inserção de uma totalidade estrutural numa nova estrutura total”.*

Veja-se exemplo colacionado por SCHMIDT, acerca da peça Hamlet de Shakespeare (2013, p. 14):

*“Eu leio: ‘Não, responda-me. Pare e desdobre-se’. Temos um problema. Como é que alguém pode se desdobrar, supondo que tenhamos compreensão que estamos falando de uma pessoa? Apenas algo que está dobrado – como um guardanapo – pode ser desdobrado. Será que a pessoa está curvada de forma estranha? Consultando rapidamente um dicionário, descobrimos que ‘desdobrar’ também pode significar revelar. Mas, ainda assim, isso não é algo que normalmente dizemos sobre pessoas. Mas, é claro, isto é Shakespeare, e algumas palavras eram usadas de modo diferente no Século XVI. Por isso o intérprete precisa compreender a linguagem como era usada quando o texto foi escrito. Um dicionário, um editor ou um acadêmico podem ajudar. Hoje escreveríamos ‘Pare e identifique-se’. O intérprete precisa conhecer a linguagem como era usada na época da escrita”.*

Da mesma forma, na construção de sentido ao texto, é importante que o intérprete também se situe no aspecto de outros fenômenos, posto que o texto é composto de palavras enquanto os signos linguísticos que revelam a imagem de um objeto da realidade, um pensamento ou uma ideia. Todavia, as palavras não são unívocas, salvo as expressões técnicas, que por serem *“dotadas de uma força enunciativa por si. Elas não são como sinais ligados a algo que conhecemos, mas contam elas mesmas algo e formam a partir de sua própria proveniência o horizonte significativo que abre o discurso e o pensamento para aquilo que se tem em mente”* (GADAMER, 2012, p. 365). Daí porque se faz necessário compreender o sentido em as palavras foram utilizadas em determinado discurso. Tais fenômenos serão objeto deste tópico.

### **6.2.1. Ambiguidade**

Apesar do rigor que a técnica legislativa imprime para evitar expressões ambíguas no discurso jurídico, nem sempre é possível evitar que este ruído comunicacional contamine os textos do direito positivo. Trata-se de um problema que é designado de forma genérica por ambiguidade sintática, um fenômeno que determina que uma mensagem possa ter várias interpretações semânticas distintas.

Conforme ensina COPI (1978, p. 91), a ambiguidade se apresenta, em termos lógicos, enquanto uma falácia na interpretação, que pode decorrer de um *equivoco*, quando em um texto temos uma palavra com mais de um significado, e adotamos um significado impróprio para determinado contexto, fazendo com que o argumento seja falacioso; da *anfibia*, ou seja, um enunciado é anfibológico quando o seu significado não é claro, pelo modo confuso ou imperfeito como as suas palavras são combinadas; da *ênfase*, que nos induz a cometer uma alteração do significado dada a expressão enfática nele contida; da *composição*, quando dois tipos de argumentos inválidos encontram-se estritamente relacionados entre si; da *divisão*, que é o inverso da falácia da *composição*, ou seja, quando dois argumentos válidos encontram-se relacionados entre si.

BECLUA (1979, p. 46), nos traz como exemplo uma frase da obra *Escenas Matritenses*, de Ramón de Mesonero Romanos, onde na porta de um estabelecimento se lia a seguinte placa:

*Sapatos para homens russos feitos em Madrid*

A redação de tal letreiro permite que o intérprete possa entender que no estabelecimento se vendem modelos de sapatos russos masculinos, porém feitos em Madrid, como também se poderia interpretar validamente que os sapatos são feitos em Madrid para homens de nacionalidade russa.

Este exemplo de ambiguidade decorre da má construção dos elementos na frase, daí porque se denomina ambiguidade sintática (anfibia), em contraposição à *ambiguidade léxica*, onde uma única palavra é responsável por produzir interpretações distintas, a exemplo da palavra “pena” na frase “a pena de Pedro foi severa”, que pode significar tanto uma punição recebida pelo sujeito, como o objeto de escrita utilizado por ele para escrever um texto crítico (equivoco, na linguagem de COPI).

É fato que o texto normativo não está isento de expressões ambíguas, principalmente porque no curso do processo legislativo – ainda que este se inicie com uma redação clara – permite-se aos parlamentares a propositura de emendas de redação, que por sua vez suprimem, modificam ou inserem novas palavras e termos ao texto, sendo que o resultado final aprovado muitas vezes é completamente diferente do texto original, divorciado de linguagem técnica e de clareza de sentido: uma verdadeira colcha de retalhos.

Por outro lado, a heterogeneidade do parlamento, que abriga membros de todas as formações intelectuais, desde aquele que cursou apenas a educação fundamental aos membros de excelentes méritos acadêmicos, por si só demonstra que a enunciação também é

heterogênea, não podendo se esperar que o legislador se utilize de uma linguagem diferente daquela que é comum, como adverte MAXIMILIANO (1993, p. 109):

*“o juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica”.*

À guisa de exemplo, a Lei Federal 12.845 de 01 de agosto de 2013, que instituiu o atendimento obrigatório pelo SUS às vítimas de violência sexual, utilizou a expressão “profilaxia da gravidez” (art. 3º, inciso IV) como um dos tratamentos oferecidos, em caráter imediato, pelos hospitais da rede pública. O texto da referida lei, cujo sentido ambíguo poderia significar tanto o aborto enquanto metodologia profilática da gravidez indesejada no caso de estupro, assim como a chamada “pílula do dia seguinte”, que configura contraceptivo posterior ao ato sexual. O uso da expressão ambígua criou tamanha polêmica, que motivou uma proposta de Projeto de Lei alterando a expressão “profilaxia da gravidez” para “medicação com eficiência precoce para prevenir gravidez resultante de estupro”. No entanto, o projeto de lei ainda está nas instâncias de elaboração do discurso, de modo que até o presente momento, ao menos dois significados são possíveis. É claro que uma observação sistêmica afastará a aplicação do aborto, mas até que não seja alterado o texto, com o que se conferirá sentido mais apropriado ao discurso jurídico-normativo, prevalecem as duas possibilidade de interpretação.

A ambiguidade caracteriza-se, portanto, enquanto um fenômeno semântico, em um ruído na comunicação. Uma metodologia simples para a solução de ambiguidades é definir precisamente os termos, explicando os diferentes significados da palavra ou frase ambíguas, dissipando-se a confusão e expondo-se, assim, as falácias, como leciona COPI (1978, p. 100):

*“As falácias de ambiguidade são coisas sutis. As palavras são resveladiças, e a maior parte delas tem uma grande variedade de sentidos, de significados diferentes. Quando se confundem esses significados diferentes na formulação de um argumento, o raciocínio é falacioso. Para evitar as várias falácias de ambiguidade, devemos ter presente, com toda a clareza, os significados dos termos que empregamos. Um modo de consegui-lo é definir os termos chaves que são usados. Visto que as variações no significado dos termos podem o tornar falacioso um raciocínio, e como a ambiguidade pode ser evitada, mediante uma cuidadosa definição desses mesmos termos, a definição é um problema importante para quem estuda lógica”.*

Daí porque o juiz, no processo de construção da norma jurídica, deve guardar especial cuidado na definição dos termos, evitando assim pautar o raciocínio lógico-semântico

de construção da norma em argumentos ambíguos, que conduzem, por sua vez às falácias e, conseqüentemente, a incompreensão do texto jurídico-normativo.

### 6.2.2. *Contexto e Situação*

É importante destacar que quando uma palavra, ou uma frase é enunciada pelo emissor no discurso, dificilmente ela está desligada de um contexto ou de uma situação, vez que a comunicação se dá sempre em função de uma circunstância, da necessidade da realização do sujeito enquanto *ser-no-mundo* e principalmente enquanto *ser-com-os-outros*. A própria definição de *contexto*, que advém do latim *contextus* revela uma situação, ou seja, um ambiente que é povoado por um conjunto de circunstâncias. De tal modo que o contexto e a situação são elementos primordiais na linguística, sendo fundamental em qualquer processo de comunicação, não somente porque em todas as línguas naturais existem palavras que podem ter vários significados, como também porque em todas as línguas existem palavras cujo significado vem dado pelo contexto, ou ainda, pelo conjunto de circunstâncias externas que envolvem a comunicação, que denominamos como *situação*.

Assim, enquanto o contexto tem uma dimensão interna na linguagem, a situação se distingue por sua dimensão externa, circunstancial, que confere sentido à determinada palavra ou frase em uma dada realidade histórica ou social. Ambos, no entanto, enquanto fenômenos semânticos, integram a estrutura da compreensão do texto.

A construção da norma jurídica se dá a partir da compreensão do texto, e mais propriamente do contexto, como nos ensina CARVALHO (2011, p. 190):

*“Mas não há texto sem contexto, pois a compreensão da mensagem pressupõe necessariamente uma série de associações que poderíamos referir como linguísticas e extralinguísticas. Neste sentido, aliás, a implicitude é constitutiva do próprio texto. Haverá, portanto, um contexto de linguagem envolvendo imediatamente o texto, como as associações do eixo paradigmático, e outro, de índole extralinguística, contornando os dois primeiros. Desse modo, podemos mencionar o texto segundo um ponto de vista interno, elegendo como foco temático a organização que faz dele uma totalidade de sentido – operando como objeto de significação no fato comunicacional que se dá entre emissor e receptor na mensagem – e outro corte metodológico que centraliza suas atenções no texto enquanto instrumento da comunicação entre dois sujeitos, tomado agora como objeto cultural e, por conseguinte, inserido no processo histórico-social, onde atuam determinadas formações ideológicas. Fala-se, portanto, em uma análise interna, recaindo sobre os procedimentos e mecanismos que armam sua estrutura, e numa análise externa, envolvendo a circunstância histórica e sociológica em que o texto foi produzido”.*

Esta dimensão do contexto e da situação tem especial destaque na função jurisdicional, posto que o juiz, na construção da norma jurídica, vai lidar com fatos e circunstâncias no ato de aplicação. Gadamer já havia conferido especial atenção às condições circunstanciais para a compreensão, vez que é a forma como revemos nossos próprios preconceitos em dado horizonte histórico, confrontando-os com as exigências concretas da situação (STRECK, 2014, p. 130). De tal sorte que é na situação do caso concreto que se funde o horizonte do intérprete com o horizonte do texto, daí porque a compreensão resulta do cotejo do texto com as circunstâncias da situação, nesta visão da hermenêutica filosófica, conforme propôs GADAMER (2011, p. 210):

*“Vamos analisar primeiramente o que, apesar de sua indizibilidade, é dito. Aqui emerge o imenso âmbito daquilo que todo discurso é ocasional e ajuda a constituir o sentido do discurso. Ocasionalidade significa a dependência da ocasião, da circunstância e situação, em que se usa a expressão”.*

O contexto conduz o intérprete pelas vias da linguagem a revelar o significado dos termos, significado esse que se torna adequado diante de um ajuste entre o termo e o seu sentido apropriado. O sentido, por sua vez, é produzido no contexto enquanto circunstância interna na linguagem, e a situação, sendo fática, outorga a possibilidade de compreensão, pois revela o horizonte concreto em que a linguagem está inserida.

### **6.2.3. Polissemia, homonímia, sinonímia.**

Ainda no campo dos fenômenos semânticos que apresentam ruídos no processo comunicacional, temos as palavras com vários significados, cujo fenômeno é denominado *polissemia*. Não se confunde a polissemia com a ambiguidade, eis que nesta última a expressão pode significar uma coisa ou não, figurando o elemento da dúvida, enquanto na polissemia um termo pode ter diversas significações possíveis, todas elas *a priori* aceitáveis.

Em que pese a análise textual levar em conta o contexto e a situação, nem sempre é possível evitar que uma determinada expressão acabe por apresentar mais de um significado possível. Aliás, em nossa língua portuguesa, são muitos os exemplos de palavras com vários significados, a exemplo da própria palavra *direito*, que pode significar tanto o conjunto dos textos jurídico-normativos (direito objetivo), quanto a relação que autoriza uma pessoa pleitear o cumprimento de uma obrigação, proibição ou permissão perante terceiro (direito subjetivo), sem se falar de outros significados admissíveis, a exemplo o uso da expressão nas seguintes frases: “a circulação far-se-á pelo lado *direito* da via” (art. 29, I, Código de Trânsito

Brasileiro); “As pessoas jurídicas de *direito* público interno são civilmente responsáveis” (art. 43, Código Civil); “se for fazer algo, faça *direito*” etc.

O fenômeno conhecido como *polissemia* está presente em qualquer língua humana e aponta para uma expressão que pode ser utilizada em significados muito próximos.

BLECUA (1979, p. 53) adverte:

*“Na polissemia jogam dois fatores distintos: um, de caráter psicológico, baseado na economia do código, que faz com que um falante não tenha que armazenar mais que uma forma fonética para vários significados próximos; outro, um fator de caráter evolutivo, que faz com que, no progresso de uma sociedade que fala uma língua determinada, algumas palavras possam especializar-se com outros significados em línguas técnicas”.*

Apesar da pluralidade de significados para uma mesma palavra, é raro que ocorra um ruído na comunicação da mensagem deôntica tão somente em razão da polissemia, dado que a expressão com vários significados é sempre aliada a um contexto ou a uma situação, que sempre produz a apropriada compreensão do que o texto jurídico-normativo quer dizer. Recorde-se que o juiz, enquanto *ser-no-mundo* faz parte da linguagem, portanto a compreensão de uma locução polissêmica se dá dentro de um contexto, ou seja, de uma dada realidade histórica e na vigência de um dado sistema jurídico que permite que se percorra a linguagem do sistema para encontrar o seu sentido apropriado.

Esta compreensão parte de uma perspectiva sistemática, onde o significado adequado do termo em dada locução jurídica deve ser cotejado com o uso do termo em outras frases acerca do mesmo instituto existentes no tecido dos textos jurídico-normativos. A clássica lição de MAXIMILIANO – em que pese a superação em nossos dias do paradigma da sistematização dos processos de interpretação – ainda se faz retumbante:

*“A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação aos princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor”* (MAXIMILIANO, 1993, p. 129).

Portanto, uma expressão polissêmica, apesar de um ruído na comunicação, é de fácil percepção no percurso gerativo de sentido, já que o contexto e a situação em que a palavra é utilizada torna-se suficiente para dar o enfoque apropriado ao termo, ainda que se possa sustentar diversos significados.

O mesmo já não ocorre quando estamos diante do fenômeno da *homonomía*, ou seja, quando uma mesma forma fonética apresenta dois ou mais significados absolutamente diferentes entre si. A diferença entre a homonomía e a polissemia reside no fato que não é possível encaixar a expressão homônima em vários contextos ou situações, já que o significado da expressão, ainda que a fonética seja a mesma, se encaixa somente para determinado contexto. Assim, a palavra *faculdade* é homônima, na medida em que ou é utilizada enquanto o prédio em que se leciona determinada ciência, ou então, se utiliza enquanto uma possibilidade “fulano tem a faculdade de pagar a fatura no dia posterior ao vencimento”.

O fenômeno da *homonomía* pode ser de dois tipos: a *homofonia*, que determina que dois significados diferentes possuem uma realização fonética idêntica, como por exemplo em “era” (medida de tempo) e “hera” (planta); a *homografia*, onde duas palavras que são escritas de modo idêntico, mas que têm significados diferentes, como exemplo de “passo” (indicando o movimento dos pés) e “passo” (presente do indicativo do verbo passar).

Outra forma de ruído que se apresenta enquanto um fenômeno semântico na comunicação é a existência de um significado similar para duas palavras diferentes, também denominado de sinonímia. Tratam-se de palavras com estruturas fonéticas completamente diferentes, mas que possuem o mesmo significado. Vejamos exemplos característicos de sinonímia nos seguintes textos normativos: o artigo 22 do Código de Processo Civil, alude que o réu deverá arguir em *resposta*, enquanto o artigo 261 do mesmo Código determina que o réu deverá impugnar em *contestação*. Ora, tais palavras são sinônimas e ambas querem dizer que se trata da defesa do réu na ação. Sabemos que o legislador emprega a linguagem do cotidiano na formulação da enunciação, de sorte que é comum que utilize de várias expressões sinônimas para dizer uma mesma realidade técnica.

Contudo, na Lei de Improbidade Administrativa, o parágrafo 7º do artigo 17, alude que o réu será notificado para oferecer *manifestação*, e no parágrafo 9º do mesmo artigo, afirma-se que o réu será citado para apresentar *contestação*. Muito embora ambas as expressões aludem à defesa do réu, seus significados são distintos tecnicamente, pois no primeiro caso (resposta *versus* contestação) temos uma sinonímia, enquanto que no segundo (manifestação *versus* contestação), os significados são absolutamente distintos.

A respeito da sinonímia expôs GADAMER (2011, p. 205):

*“Na verdade, a análise semântica dissolve essa aparência mostrando algo ainda mais significativo, a saber, que em sua singularidade, a palavra-expressão é uma estrutura intransferível e insubstituível. Considero essa*

*segunda contribuição mais significativa porque refere-se a algo que está aquém de toda sinonímia. Na perspectiva da simples designação ou nomeação, a maioria das expressões empregadas para o mesmo pensamento ou das palavras usadas para exprimir a mesma coisa pode admitir distinção, articulação e diferenciação. Todavia, quanto menos signos verbais singulares forem isolados, tanto mais se individualiza o significado da expressão. O conceito de sinonímia dilui-se cada vez mais”.*

Daí porque tais fenômenos semânticos são extremamente importantes para que se possa construir sentido ao texto, principalmente diante de várias possibilidades de ruído na comunicação.

### **6.3. Antinomias.**

O discurso jurídico, enquanto linguagem, possui uma dimensão sintática e uma dimensão semântica. Como vimos anteriormente, no âmbito da dimensão semântica encontramos diversos fenômenos que incidem na construção de sentido. Todavia, é na dimensão sintática, onde se situam os textos jurídico-normativos e em cujo domínio podemos extrair a marca da constância dos enunciados dentro de determinado espaço (território) e tempo (vigência), que se verifica um outro fenômeno no percurso gerativo de sentido: as *antinomias*.

As antinomias ocorrem quando enunciados pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e ao mesmo âmbito de validade são incompatíveis entre si (BOBBIO, 1997, p. 87), de modo que o percurso gerativo de sentido é obstaculizado enquanto não se resolver qual deles é aplicável a determinada situação concreta. Deste modo, uma vez identificado o fenômeno, socorre-se o intérprete de determinados critérios para solucioná-lo. Contudo, a adoção dos critérios para a solução das antinomias implica, antes de mais nada, que se tenha presente como os enunciados se relacionam entre si, formando as incompatibilidades, que podem ser de dois tipos: (i) relação de *contrariedade*, ou seja, quando os enunciados apresentam comandos que se anulam; ou (ii) relação de *contraditoriedade*, quando os enunciados apresentam comandos que, como a definição já diz, ensejam ações contraditórias do receptor da mensagem.

Neste sentido, BOBBIO (1997, p. 85) assevera:

*“(...) relações de incompatibilidade normativa verificar-se-ão nestes três casos: 1) entre uma norma que ordena fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade); 2) entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade); 3) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade)”.*

Identificadas as antinomias no plano sintático da linguagem do direito, ou seja, no domínio dos enunciados jurídico-normativos, é também neste plano da linguagem que se dão as soluções através de critérios atinentes à cronologia, hierarquia e especialidade dos enunciados incompatíveis.

Nesta concepção, BOBBIO (1997, p. 92 e 93) elucida como os critérios são aplicados, visando solucionar as incompatibilidades, assim como denuncia a sua insuficiência para a solução das antinomias (p. 97).

O Mestre Italiano ensina que ocorrendo incompatibilidade entre dois enunciados, prevalecerá a aplicação do enunciado mais recente, na medida em que sendo o enunciado produto da manifestação do legislador, a enunciação atual exprime a vontade do legislador em rechaçar o discurso anteriormente enunciado. Portanto, na construção de sentido, o intérprete percorre a cronologia dos textos, determinando o princípio da *lex posterior derogat priori*.

Além da cronologia, a antinomia também se resolve pela hierarquia dos enunciados. Com efeito, a sintaxe do discurso jurídico prevê enunciados de diversas hierarquias, iniciando com o texto da Constituição Federal enquanto hierarquia suprema, daí decorrendo Leis Complementares, Leis Ordinárias etc. Desta forma, se a incompatibilidade entre os enunciados se dá entre textos de hierarquias diferentes, prevalece o enunciado de maior hierarquia, determinando o princípio da *lex superior derogat inferiori*.

Por último, dois enunciados podem apresentar incompatibilidade, ainda que tenham sido proferidos na mesma ordem cronológica e na mesma hierarquia. A solução para a incompatibilidade se dá pela especialidade do enunciado em contraposição à sua generalidade, determinando o princípio da *lex specialis derogat generali*.

BOBBIO alerta para a insuficiência dos critérios de solução das antinomias, assim como para a existência de conflito entre os critérios. Contudo esclarece que a solução deve passar pelo dever de coerência, afirmando:

*“A coerência não é condição de validade, mas sempre condição para a justiça do ordenamento. É evidente que quando duas normas são contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência de justiça (que corresponde ao valor de igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”.*

Por fim, para encerrar o tema das antinomias, vale consignar importante ensinamento nos outorga FERRAZ JR. (1994, p. 208 a 211), acerca da distinção entre antinomias *lógico-matemáticas*, *antinomias semânticas* e *antinomias pragmáticas*. As antinomias lógico-matemáticas, muito embora pertencentes ao estudo da lógica, foram apropriadas pelo uso jurídico e refletem uma autocontradição por processos aceitos de raciocínio. Estas antinomias envolvem uma falácia, e ocorrem em sistemas formais, de modo que uma das partes do raciocínio carece de significado. Por sua vez, as antinomias semânticas, “podem ser definidas como uma contradição que resulta de uma dedução correta a partir de premissas coerentes” (ob. cit. p. 207), ou seja, os enunciados são contraditórios porque apresentam incoerências “ocultas na estrutura de níveis de pensamento e da linguagem”. E o autor conclui que as antinomias jurídicas são antinomias pragmáticas, “ou seja, situações onde a conclusão paradoxal, embora do ângulo lógico e semântico configure uma carência de sentido, faz parte do sistema e, do ponto de vista de um comportamento exigido, não é exatamente um sem sentido, pois pode e é, de fato, afirmada” (ibidem p. 208).

## 7. O direito enquanto um sistema comunicacional

Falar do direito enquanto um *sistema* pressupõe antes compreender este conceito. Uma vez que articularmos esta significação linguística, podemos então, partindo do direito positivo, evidenciar a moldagem do conceito frente ao fenômeno jurídico.

A primeira ideia que temos de um sistema é uma interconexão de partes que formam um todo com determinada função. Se estudarmos, por exemplo, o sistema respiratório humano, estaremos diante de vários órgãos do corpo humano colaborando para o funcionamento da operação de fornecer oxigênio para o metabolismo das células, retirando o gás carbônico do organismo vivo para despejá-lo na atmosfera. Portanto, a ação coordenada entre o nariz, a faringe, a laringe, a traqueia, os brônquios e os pulmões, realiza a função respiratória, de modo que tais órgãos fazem parte de um mesmo sistema, denominado sistema respiratório.

A palavra *ecossistema* pretende designar a interação entre várias espécies em um ambiente, enquanto a expressão *sistema de ensino* aponta tanto para uma série de componentes interligados com a função de promover a educação, como também pode representar uma metodologia de ensino, que integra vários elementos para compor um *currículo* escolar.

Com a revolução da informática a partir dos anos 80, uma nova concepção de *sistema* foi se solidificando, onde a palavra acaba por receber uma significação voltada por

uma organização composta por máquinas (*hardwares*) e métodos (*softwares*), visando a coleta, processamento e transmissão de informações para os usuários (*dados*).

Como se pode verificar, há elementos comuns que estão presentes em todos os exemplos anteriormente citados, os quais podemos citar ao menos dois elementos, de um lado (i) se evidencia uma interconexão de vários elementos que formam um todo, e de outra mão (ii) a existência de uma finalidade para a interconexão das partes, vale dizer, a missão de realizar determinada função que lhes é comum.

KRETSCHMANN *apud* BARRETO (2009, p. 760) assim o define:

*“Do grego systemi, refere-se a uma totalidade construída, composta de várias partes, um conjunto de elementos envolvendo uma ordem, não uma simples justaposição”.*

Todavia, a concepção de sistema depende obrigatoriamente de um sujeito cognoscente que faça a interconexão das partes. O sistema respiratório, como citamos, funciona por si só no plano da realidade, de modo que seus órgãos se comportam harmonicamente para que cumpram a função da troca oxigênio/gás carbônico. No entanto, compreender tais órgãos enquanto um sistema, somente é possível no plano da linguagem, vale afirmar, somente a consciência torna possível compreender a reunião de tais órgãos enquanto sistema respiratório, sem a qual seriam somente órgãos funcionando e cumprindo a sua função.

Daí porque a presença do sujeito cognoscente, enquanto elemento consciente tanto do todo quanto das partes, é vital para que se possa conceber um sistema. Sem o sujeito cognoscente e a linguagem sobre a qual é estruturada a sua consciência, não seria possível conceber uma relação existente entre partes, dentro de uma interconexão, com uma determinada finalidade. Neste aspecto, CARVALHO (2005, p. 39):

*“(...) o ato de sistematizar (como o ato de classificar) pressupõe o ato do conhecimento do sujeito cognoscente em relação ao objeto por ele sistematizado”*

Portanto, a ideia de sistema pressupõe necessariamente a existência de *elementos*, que são as partes que compõem um sistema, assim como uma *estrutura* que coordena as relações entre os elementos. Dentro desta estrutura é que se conectam os vários elementos, de forma que a estrutura estabelecerá a relação entre os elementos e os elementos definem a

estrutura a ser seguida. Por sua vez, a coexistência entre esses elementos será sistematizada pela consciência, constituindo a ideia de organização para um determinado fim: uma ordem.

Os sistemas, por sua vez, de acordo com a forma como interagem com o seu ambiente, podem ser concebidos enquanto *sistemas estáticos* ou *sistemas dinâmicos*. Os sistemas estáticos não possuem qualquer função auto-regulatória ou de auto-produção para que possam se adaptar às modificações do ambiente em que estão presentes. Assim, uma vez sistematizados, qualquer influência do ambiente pode leva-los à desintegração, eis que são concebidos para não sofrerem mudanças, que somente podem ocorrer mediante uma intervenção externa do sistema. CARVALHO (2005, p. 44), nos fornece um exemplo de sistema estático:

*“Como exemplo, temos um prédio. Por melhor que seja o seu material e a sua engenharia, ele permanece estático em relação ao ambiente. Não é capaz de se auto-regular e muito menos de se auto-gerar. Seus componentes vão se desgastando e não podem ser substituídos pelo próprio prédio; se uma janela se quebra é necessária uma intervenção externa para sua substituição”.*

De outra parte, os sistemas dinâmicos possuem a capacidade não só da auto-regulação, mas também de produzir modificações no sistema a partir do próprio sistema, de modo que se encontram em permanente transformação. Uma vez que o ambiente em que se encontram modifica, tais sistemas são dotados da capacidade de adaptação às mudanças do ambiente. Também são chamados de sistemas *autopoieticos*, eis que se autoproduzem, como adverte KRETSCHMANN *apud* BARRETO (2009, p. 762):

*“Os desenvolvimentos em torno da cibernética deixaram de lado a própria explicação do funcionamento interno do sistema – a ordem só poderia ser observada quanto a sua relação com o exterior. Isso levou a uma teoria dos sistemas em que se auto-organizam, e por isso, possuem autonomia (decorrente de sua estrutura) – para tanto, é necessária a noção de auto-produção (autopoiesis), ou seja, o sistema é autônomo porque auto-reproduz seus elementos (diante de um princípio operativo, e não apenas estrutural)”.*

Levando em consideração essas noções preliminares, podemos afirmar que o direito é um sistema, ou seja, possui elementos que se conectam por relações de interação dentro de uma dada estrutura, que por sua vez, determina a forma como essa interação ocorre e se auto-reproduz. Sendo um sistema que, por sua vez, tem a capacidade de auto-regulação e também de auto-produção de seus elementos, o sistema jurídico configura-se em um sistema dinâmico complexo. Mas que tipo de sistema é o direito?

Para responder a essa questão é necessário aderirmos ao componente que anteriormente destacamos como parte comum de todos os sistemas, ou seja, a existência de uma finalidade para a interconexão dos seus elementos. Ao concebermos, através da consciência, que o direito é um sistema, sistema este por sua vez composto de elementos em sua estrutura, a exemplo da Constituição Federal, das leis, das autoridades judiciárias etc., é inerente destacarmos que a interconexão desses elementos revela uma finalidade dual, eis que de um lado pretende o sistema transmitir a mensagem do legislador através dos enunciados, e garantir, por outro lado, a efetividade da comunicação prescrevendo procedimentos e sanções. Vale dizer, o direito é então um sistema comunicacional. Todavia, para compreender um sistema comunicacional como jurídico, há o destaque do componente da exigibilidade, pois na comunicação jurídica permite-se aos comunicadores exigir a informação. Neste aspecto, com grande clareza leciona FERRAZ JR. (2015, p. 83):

*“Vejam, agora, o que temos de fazer para entender uma situação comunicativa discursiva como jurídica. Em primeiro lugar, observamos que, enquanto nas situações comunicativas sociais em geral a comunicação se dá entre dois comunicadores, ambos dotados, ao mesmo tempo, da capacidade de emitir e de receber informações, vale dizer, de perguntar e de responder; em certas situações comunicativas é atribuída ao receptor (qualquer um dos comunicadores) a faculdade de exigir a informação. ‘Exigibilidade’, para usar um termo de Miguel Reale, significa em nossa análise, uma regra segundo a qual, dada uma situação comunicativa em que pelo menos um dos comunicadores se recusa a comunicar-se, na medida em que ele renuncia, voluntária ou involuntariamente, ao papel de receptor ou de emissor, ao outro comunicador é facultado reclamar o comportamento recusado”.*

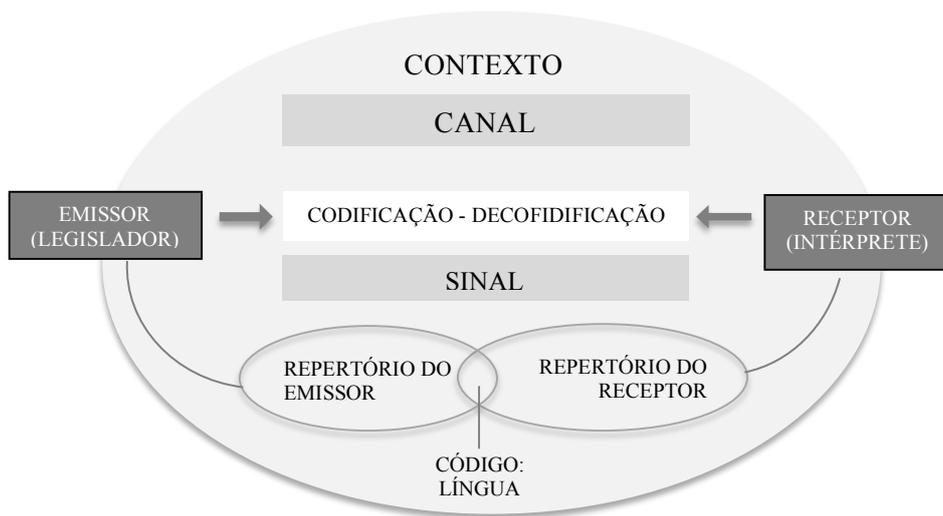
Sendo um sistema comunicacional, tal sistema é composto por elementos que o estruturam (CARVALHO, 2005, p. 137). Em um primeiro lugar, o sistema jurídico se apresenta na forma de mensagens que são transmitidas pelo sistema mediante a linguagem, em suas três dimensões enquanto (i) veículo (suporte físico), (ii) os objetos da realidade aos quais a mensagem se refere (significado), e (iii) o sentido produzido pelo receptor em seu processo de interação com a mensagem (significação). A partir desses elementos do processo comunicacional, o emissor envia através de um canal, uma mensagem ao receptor, que atribui sentido a essa mensagem. Todavia, o juiz não consegue resgatar esse processo comunicacional, que se perdeu no tempo e no espaço, cabendo ao juiz tão somente resgatar o sentido da mensagem registrada no texto jurídico-normativo, este último enquanto o veículo introdutor de normas, o suporte físico do sistema jurídico. A partir desse suporte físico, pertencente ao mundo do ser, o juiz busca compreender o texto, visando construir para ele um

sentido, que determinará a produção de uma norma jurídica, entidade pertencente ao domínio do dever-ser, ou seja, a informação produzida pelo receptor ao processar a mensagem.

Como afirma ARAÚJO (2005, p. 44):

*“Graças aos processos realizados pelas teorias da comunicação concluiu-se que o fenômeno comunicacional pressupõe um conjunto de elementos: são os fatores constitutivos do ato de comunicação, que são denominados, em seu conjunto, modelo comunicativo. A presença desses elementos é constante, qualquer que seja o tipo de comunicação verbal. Seriam eles: o emissor (também chamado de locutor ou remetente), o receptor (ou destinatário), a mensagem (conteúdo da comunicação, aquilo que comunicamos, incluídas aqui as linguagens não verbais), o canal (todo suporte material que veicula uma mensagem de um emissor a um receptor através do espaço e do tempo), o sinal (estímulo físico que se utiliza para efetuar a comunicação), o código (sistema ao qual a mensagem se refere e que lhe proporciona significado) e o contexto (conjunto de circunstâncias físicas, sociais e psicológicas que envolvem e determinam o ato de comunicação).”*

E a mesma autora (2005, p. 45), traz exemplo gráfico ilustrativo do funcionamento do sistema comunicacional, que nos permitimos acrescentar as personagens do universo jurídico, de acordo com a linha de raciocínio que empreendemos neste estudo:



Compreender o sistema jurídico enquanto um sistema de comunicação é fundamental para compreendermos a função da motivação das decisões judiciais, vez que as decisões não somente interpretam a mensagem legislativa decorrente dos textos do direito positivo, mas dentro de um modelo dialógico do discurso jurídico, também enunciam uma mensagem do Estado-juiz no caso concreto. No próximo capítulo, trataremos especificamente deste tema.

## CAPÍTULO III DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

### 1. Significado do termo decisão

A decisão judicial, seja ela de órgão singular (sentença) ou de órgão colegiado (acórdão), sob um aspecto técnico pode ser determinada enquanto o pronunciamento jurisdicional acerca da aplicação do direito (texto normativo) a um caso concreto, seja ele um conflito de interesses cuja decisão atinge somente as partes envolvidas nos polos da relação processual (efeito *inter partes*), seja ele um conflito que encerra a própria relação sintática entre os textos, como é o exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde o conflito atinge não só as partes envolvidas nos autos, mas seus reflexos atingem uma determinada coletividade, ou ainda, a sociedade como um todo (efeito *erga omnes*).

Tratam-se, estas modalidades de decisão, das chamadas *decisões terminativas*, ou seja, aquelas decisões que conferem um fim ao conflito de interesses estabelecido. Além das decisões terminativas, o juiz também profere *decisões interlocutórias* no curso do procedimento da relação processual, as quais tem por finalidade decidir sobre uma questão incidental e que não tem o condão de encerrar o processo, mas decidir acerca da matéria periférica, que não envolve o conhecimento da questão submetida a juízo pela lide. E ainda, o juiz profere decisões de caráter administrativo, denominadas *despachos de mero expediente*, cuja finalidade é dinamizar a continuidade do processo para seu ato-fim, ou seja, a sentença, em homenagem aos princípios do contraditório e do impulso oficial.

Na abordagem realizada neste estudo – que leva em consideração a significação das expressões dos textos jurídico-normativos – é importante destacar que o termo *decisão*, conforme deflui de nossa legislação processual, *stricto sensu*, se aplica apenas às decisões interlocutórias, assim compreendidas as decisões tomadas no curso da relação jurídica processual sobre questões periféricas, e que fazem coisa julgada apenas formal. Por outra via, a Constituição Federal remonta ao termo *decisões motivadas* para significar aquelas decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, que por sua vez dependem da explicitação das razões que levaram o juiz à conclusão concretizada, tomando o termo no seu aspecto *lato sensu*. Trata-se, portanto de um termo carregado de ambiguidade, eis que tanto as *sentenças* e

os *acórdãos*, quanto as *decisões interlocutórias* dependem da motivação das razões de decidir, enquanto fundamento absoluto para a sua validade no universo jurídico, podendo todas elas se inserirem no aspecto semântico do termo *decisão*.

A doutrina processual, por sua vez, não se reporta ao termo *decisão*, tomado em sentido *lato sensu*, enquanto o ato jurídico que exige o desenvolvimento do discurso das razões da decisão pela autoridade responsável pela sua enunciação, portanto, não decorre da doutrina processual que o termo seja atribuído exclusivamente às decisões que devam ser motivadas, inserindo no significado também as decisões administrativas de mero expediente. De outra parte, a doutrina processual confere exposição particularizada às suas espécies, equacionando-as em *terminativas* e *interlocutórias*, as quais confere a carga semântica de *decisão* enquanto pronunciamento motivado, detendo-se mais detalhadamente esta carga nas espécies *terminativas* enquanto resultantes do percurso hermenêutico de construção da norma jurídica, das quais a *sentença* passa a ser a espécie fundamental, na medida em que o *acórdão* desta somente se distingue no aspecto de que a enunciação é realizada por um órgão colegiado, enquanto a *sentença* é proferida por juízo monocrático. Tanto é fato, que os mesmos elementos e requisitos são exigidos no pronunciamento da *sentença* e do *acórdão*.

Acerca da *sentença*, e mesmo princípio se aplicam aos *acórdãos*, enquanto meios lógicos de construção da norma jurídica no ato de aplicação, nos ensina ALVIM (2006, p. 261):

*“Assim, temos, fundamentalmente, de uma perspectiva lógico-formal, na sentença, a sequência silogística da norma, do fato e da conclusão decorrente da subsunção do fato à norma (primária) e da sucessiva aplicação da norma (secundária) ao fato. Por isso, se diz que o processo judicial tem estrutura lógica. É exatamente no instante em que é proferida a sentença que tal atividade lógica assume o momento fundamental de sua aplicação, no campo do processo”.*

Pelo que se pode inferir, a *sentença* opera uma construção lógica, a aplicação do direito enquanto percurso hermenêutico, gerando sentido às expressões contidas no texto normativo e, conseqüentemente, identificando as hipóteses e aplicando as respectivas conseqüências. A *sentença*, e via de regra também o *acórdão*, constroem a norma jurídica a partir dos enunciados do direito positivo, dentro de um esquema de completude, que se ocupa, como já dissemos alhures, em identificar no discurso jurídico as hipóteses (H), enquanto discurso descritivo de condutas, estruturas de organização e procedimentos jurídicos, para disparar uma ou várias conseqüências, enquanto discurso prescritivo de um *dever-ser*,

formulando no esquema H→C, e determinando no dispositivo da sentença a norma jurídica individual e concreta.

Por outro lado, o direito positivo também impõe ao juiz o dever de fundamentar, percorrendo uma análise hermenêutica, as decisões interlocutórias, a exemplo de uma liminar, onde o juiz está diante da necessidade de averiguação de requisitos basilares, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pelo qual também há uma identidade de hipóteses na comunicação descritiva dos textos jurídico-normativos, concatenada com uma prescrição enquanto consequência, vale dizer, presente o *fumus boni iuris* (hipótese) concede-se a liminar (consequência). Embora não se encerre a relação material contida no processo, que é mérito do trânsito em julgado da sentença/acórdão, também há na *decisão interlocutória* uma construção lógico-semântica de uma norma jurídica, ainda que tal norma seja de caráter meramente processual.

A decisão interlocutória, na conformidade do que enfatizam WAMBIER e TALAMINI (2012, e-book, item 12.6.2):

*“Conceitua-se decisão interlocutória como o pronunciamento do magistrado, com caráter decisório, que não resolve o mérito da causa e não tem o efeito de encerrar o processo ou o procedimento em primeiro grau. É ato decisório, tanto que recorrível (art. 522), pois o juiz está emitindo juízo, mas a abrangência de seu pronunciamento restringe-se à questão versada, dentro do processo, e com o objetivo de impulsioná-lo a seu ato-fim, que é a sentença. A ‘pedra de toque’ de seu conceito está no conteúdo decisório e não no seu efeito, pois consiste a decisão interlocutória num pronunciamento jurisdicional tendente a solver um impasse momentâneo, que necessita da decisão para que o processo prossiga”.*

Deste modo, forçoso concluir que no aspecto semântico devemos utilizar o termo *decisão* enquanto um gênero do qual são espécies a *sentença*, o *acórdão* e a *decisão interlocutória*, excluindo apenas os despachos de mero expediente, que por sua natureza administrativa não se inserem no aspecto de significação que empreendemos nesta investigação, por não suportarem a necessidade de que o juiz realize a exposição dos motivos o levaram à conclusão. Seria operar no campo do absurdo que o juiz tivesse que fundamentar um despacho ordenando a citação do réu, a juntada de um documento, ou que a parte se manifeste sobre um documento em razão do contraditório, entre tantos exemplos.

## ***2. Exigência da motivação da decisão no Estado Democrático de Direito: Relação Metodológica Hermenêutica***

Para a sobrevivência de um Estado Democrático de Direito, entre outros elementos de sua constituição, se faz absolutamente necessário que no âmbito do Poder Judiciário os julgamentos sejam públicos e suas decisões *motivadas* (Constituição Federal Brasileira, art. 93, X). Enquanto a publicidade dos julgamentos garante a transparência no processo de deliberação dos juízes, impedindo arbitrariedades e nulidades, vez que as decisões são realizadas em escrutínio aberto, a motivação das decisões judiciais garante ao jurisdicionado conhecer o percurso gerativo de sentido no ato de aplicação pela autoridade judiciária, podendo contra a decisão se insurgir dentro das regras do sistema de recursos previstas no ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, não só de uma exigência formal do sistema para validar a decisão sob o aspecto da sua legalidade, mas da exposição de motivos do julgador na tomada de decisão, com a qual é possível sopesar os critérios de raciocínio, os valores atribuídos às provas e, principalmente, se a decisão resulta de um processo hermenêutico que lhe confere o fundamento de validade, vale dizer, se o sentido atribuído ao texto pelo juiz resulta de um processo de compreensão do caso concreto, em fusão com o horizonte do texto jurídico-normativo.

Todavia, na moderna teoria geral do processo, ante o seu caráter publicístico, a motivação das decisões se ergueu em nossos dias enquanto uma *função política*, evidenciando que a sua finalidade não é tão somente uma garantia das partes para viabilizar a impugnação da decisão, mas traz em si o conceito da imparcialidade do juiz, como adverte CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2010, p. 74):

*“a motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas quisquis de populo, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.*

Se de um lado, a motivação surge enquanto uma exigência do Estado Democrático de Direito, de outra mão se estampa que a decisão é necessariamente o produto da atividade hermenêutica enquanto a metodologia de aplicação, como bem observado por MAGALHÃES FILHO (2013, p. 44), ao expressar que:

*“a hermenêutica jurídica será necessariamente metodológica, em razão da exigência do Estado Democrático de Direito de que as decisões jurisdicionais sejam públicas e fundamentadas (art. 93, IX, da CF) sob pena de nulidade. Assim, o julgador terá que apontar o caminho (método) que o conduziu à decisão, o que permitirá o controle de legitimidade da atividade jurisdicional.”*

A ideia de *Estado Democrático de Direito* ganhou força no pós-guerra, principalmente diante das graves violações de direitos humanos perpetradas pela política do Nazi-Fascismo, que entre outras violações, institucionalizou uma odiosa política racial pelas leis de Nuremberg, e por fim determinou o genocídio de milhões de judeus detidos nos campos de concentração. Assim, o fundamento do *Estado Democrático de Direito* pretende que o indivíduo goze da proteção do Estado, frente ao próprio Estado, assim como frente aos demais indivíduos, instituindo diversas garantias institucionais e processuais, além de proibições expressas que não autorizam a invasão de determinadas esferas subjetivas, salvo com legítimo interesse e em estrita obediência aos parâmetros pré-estabelecidos.

Em nossa terra, todavia, tais ventos somente sopraram a partir da Constituição de 1988, tratando-se de um conceito relativamente novo. Vale dizer, foi inserido no horizonte da linguagem jurídico-normativa brasileira em tempos históricos recentes. Por ser linguagem contemporânea, cuja tradição ainda vem se solidificando no horizonte da compreensão, também a motivação das decisões enquanto exigência do Estado Democrático de Direito é ideia nova, ainda que se tenha presente que desde as Ordenações Filipinas - que se aplicaram ao Brasil Colônia – os juízes eram instados a declinar os motivos de sua decisão. Queremos dizer que, ainda que o princípio da motivação das decisões seja secular em nossa prática processual, sua concepção enquanto exigência de um *Estado Democrático de Direito* vai além da técnica jurídico-processual para justificar a interposição de recursos, para assumir verdadeiro *status* político, verdadeira garantia do indivíduo em conhecer das razões de decisão do magistrado, ainda que não tenha interesse recursal.

Como a ideia de Estado Democrático de Direito é historicamente nova, a compreensão de um novo modelo de Estado e, conseqüentemente, de um novo modelo de direito, abre um contexto de diversas possibilidades de interpretação. Com efeito, esta nova concepção nos remete ao papel dos juízes no contexto do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange à hermenêutica constitucional dos direitos e garantias fundamentais, posto que aos juízes está reservado, através do reconhecimento de direitos de caráter tão sensível, um papel de ou concretizá-los, ou então, exercer sobre eles o controle de juridicidade.

A motivação das decisões, portanto, principalmente diante deste cenário de direitos e garantias fundamentais, tem revelado em muitas circunstâncias um ambiente de tensão e insegurança jurídica, ao contrário do que se deseja com uma Constituição Democrática, posto que muitos juízes, pretendendo concretizar os direitos fundamentais em nome do Estado Democrático de Direito, derivam para o *ativismo judicial*, onde o discurso da motivação não é passível de controle, posto que não é percurso gerativo de sentido, mas produção de discurso legislativo por quem não exerce tal competência, e em sua maior parte para aplicar princípios constitucionais que ocultam valores morais e crenças pessoais do juiz. Ao agirem desta forma, a motivação das decisões deixa de ser uma exigência do Estado Democrático, enquanto processo hermenêutico da construção do raciocínio judicial, para tornar-se em exacerbado instrumento da sua afirmação, convertendo-se em discurso discricionário do Poder Judiciário, o que não é admissível, como bem recorda NERY (2014, Cap. 2, i. 2.3.2.):

*“Os princípios constitucionais representam a invasão da facticidade no direito. Mas, ao contrário do que se possa a princípio imaginar, eles não provocam a ‘abertura’ do sistema, onde o intérprete possa agir livremente com discricionariedade. Ao contrário, os princípios são responsáveis pelo fechamento interpretativo, que deve ocorrer ‘curado’ pela tradição. Nesse sentido: ‘A dimensão prática e o caráter de transcendentalidade histórica dos princípios não os fazem aparecer como cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial. Mas esse projeto – enquanto projeto jogado – opera uma limitação da decisão a ser tomada, visto que, em sua fundamentação, esta deverá prestar contas ao sentido histórico-temporal que a comum-idade de princípios projeta naquele caso, naquele problema que se deve decidir”.*

Interessante observação – comentando o direito europeu – faz ROCHA, ao afirmar que a motivação não pode ter uma extensão “épica”, vale dizer, não se pode fazer da motivação um instrumento de realização do Estado Democrático de Direito, mas esta deve simplesmente cumprir seu papel enquanto concessão às partes do direito fundamental de conhecer o percurso de raciocínio judicial, que por sua vez, conduz à possibilidade de recurso. Vejamos:

*“Como justamente observa o juiz Franz Matscher na sua comunicação, a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do processo equitativo, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia. Mas logo acrescenta que a motivação não deve ter uma extensão “épica” sem embargo de dever permitir ao destinatário da decisão e ao público em geral apreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir tal e tal sentença. Corolariamente, só uma decisão revestida de motivação suficiente, permite de modo eficaz o exercício do direito de recurso para um Tribunal Superior” (ROCHA, 1998, p. 99).*

Portanto, pelo que se infere, a motivação da decisão não pode ser o relato da manifestação discricionária do Poder Judiciário, que ao nosso ver seria tão objeto de nulidade quanto a inexistência ou insuficiência de motivação na decisão. Com efeito, padece de nulidade a decisão que não é suficientemente motivada, e aqui abre-se um parêntese para compreendermos que esse grau de insuficiência está relacionado com a impossibilidade das partes compreenderem o raciocínio lógico-semântico desenvolvido pelo juiz no ato de aplicação, seja diante de ruídos na comunicação produzidos por expressões polissêmicas e argumentos ambíguos, seja porque o juiz não se pronunciou sobre pontos da lide que demandavam expresso ato de fala, ou ainda, quando o raciocínio motivacional se estabelece com fundamento tão somente em documentos, testemunhas e outras provas carreadas aos autos, sem estabelecer um liame de significação necessário com a compreensão do texto jurídico-normativo. Assim, inexistente ou insuficiente a motivação, deve o Tribunal “ad quem” declarar a nulidade da sentença, posto que é dever constitucional do magistrado indicar com suficiente clareza os motivos fundantes da decisão. Vale dizer, parafraseando ROCHA (1998, p. 99) que *“não se compreenderia esta sanção particularmente severa se o legislador não tivesse considerado a motivação como elemento essencial de um processo justo e equitativo”*.

Como dito até aqui, a exigência constitucional de uma metodologia hermenêutica é a base da motivação, e tal exigência encerra a possibilidade de controle das decisões judiciais. Em outras palavras, exercer o controle da decisão judicial pelo discurso motivacional é poder reconstruir historicamente o percurso gerativo de sentido, aferindo-se a legitimidade do processo hermenêutico e, conseqüentemente, a validade da decisão para introduzir normas no sistema jurídico positivo.

Pela simplicidade do argumento, que o torna tão sofisticado, afirma NERY (2014, Cap.2, 2.4):

*“Controlar as decisões judiciais é questão de democracia. Não é possível falar em Estado Democrático de Direito onde se admita a atribuição de poder discricionário ao juiz na concretização do direito, dificultando, assim, o controle da decisão proferida”*.

Portanto, a Constituição Federal ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, determinou ao juiz o dever político de entregar a prestação jurisdicional motivando a sua decisão de forma clara e abordando todos os aspectos da causa, e principalmente, o percurso gerativo de sentido do ato de aplicação.

### 3. *Motivação das decisões judiciais*

Se nos atos administrativos, a motivação é uma condição para a realização do ato, vale dizer, não há ato administrativo sem motivo para sua prática, nas decisões judiciais observa-se uma circunstância diversa (que também é aplicável para as decisões proferidas em processos administrativos, v.g. decisões de juntas de recursos administrativos de multas, decisões em sindicâncias administrativas etc.), uma vez que o juiz não precisa de motivo para decidir, mas está obrigado a motivar o que decidiu.

Aqui não se trata de um mero jogo de palavras, posto que uma vez provocada a relação jurídica processual, a jurisdição é indeclinável, ficando o juiz obrigado a entregar a prestação jurisdicional, ou seja, proferir a decisão no caso concreto a ele submetido, mesmo que não exista texto jurídico-normativo dispendo acerca da temática ao juiz oferecida (*non liquet*). Portanto, não se profere a decisão por uma intenção do julgador (seria estranho ao universo jurídico o juiz decidir uma demanda por motivos de força maior ou por estado de calamidade pública), mas por uma obrigação inerente à função jurisdicional. A motivação, neste caso, assume um significado completamente diverso da motivação dos atos administrativos, traduzindo-se em um discurso explicativo das razões que conduziram o processo decisório, que como já vimos, é uma relação metodológica hermenêutica fundamental.

Com efeito, a exigência de motivação não é um atributo somente das decisões judiciais, posto que também os atos da administração pública exigem motivação. Todavia, como anteriormente afirmado, há uma diferenciação teórica que distingue a motivação dos atos administrativos daquela motivação das decisões proferidas tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto nos processos administrativos em geral, cujo pressuposto está engendrado no dever constitucional de dar a conhecer o percurso gerativo de sentido que levou à aplicação da norma jurídica em dado caso concreto, revelando a imparcialidade do julgador no ato de compreensão.

Assim, diferentemente da decisão judicial, que ante a inércia da jurisdição somente ocorre após a provocação da parte na relação jurídica processual, o ato administrativo somente existe em razão de um motivo, que será o pressuposto da discricionariedade do agente público na prática do ato.

Assim, para a existência do ato administrativo é imprescindível que o agente público decline o motivo de sua prática, circunstância que permite o exercício do controle da

legalidade do ato no tocante a intenção subjetiva do agente, aferindo-se, na hipótese de ato vinculado, ou seja, quando *“a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”* (DI PIETRO, 2010, p. 215), se o agente público praticou ato *contra-legend* ou ainda, no caso do ato discricionário, aquele praticado sob exclusivo critério da Administração, ou ainda, quando *“a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa”* (DI PIETRO, 2010, p. 215), quando o agente desvia-se, na prática do ato, dos princípios informadores da Administração Pública, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Portanto, não é passível de legalidade o ato administrativo praticado, à guisa de exemplo, com desvio de finalidade, posto que o motivo que enseja a prática do ato não está em consonância com as normas de direito público que vedam a prática de atos contrários à moralidade administrativa. Vale dizer, a exigência de motivação do ato administrativo é *conditio sine qua non* para sua validade e existência.

A distinção teórica entre a motivação dos atos administrativos e a motivação das decisões judiciais revela, no entanto, ao menos uma similaridade, ou seja, ambos dependem de uma construção linguística, e esta por sua vez encerra uma exposição das razões acerca de determinado fim (o fim da sentença é decidir a causa e o fim do ato administrativo é um agir ou não agir da Administração Pública). Enquanto o agente público na Administração Pública deve expor as razões que o levaram à prática do ato administrativo, o juiz na sentença deve também expor as razões que o conduziram a uma decisão. A distinção, como já dito, é que o juiz não precisa ter motivos para decidir, enquanto a Administração Pública deve ter motivos para praticar o ato. Trata-se, portanto, da significação dada ao termo “motivar”, que para a Administração Pública significa condição psicológica para agir/não agir, enquanto para o juiz constitui expor uma relação entre significante e significado.

É neste aspecto que a teoria da semiótica analisa a motivação da decisão judicial, ou seja, uma construção linguística a partir de um texto jurídico-normativo, cuja finalidade é estabelecer uma relação entre o significante (texto) e o significado (norma), relação essa que ocorre no plano semântico, ou seja, no âmbito da relação entre os signos do plano do discurso e seus objetos no plano da realidade, que é apreendida pelo juiz através do percurso gerativo de sentido.

Temos defendido neste trabalho que a motivação da decisão judicial é uma exigência metodológica hermenêutica, que por sua vez além de exercer o “controle crítico sobre o poder do juiz” (MARINONI, 2013, p. 48), desvela no âmbito da experiência jurídica a construção do saber no ato de aplicação. Vale dizer, a motivação das decisões judiciais enquanto a construção linguística que produz a norma jurídica para o caso concreto, a partir de um texto jurídico-normativo, é o relato mais genuíno da construção do saber jurídico na prática, visto que é um discurso que demonstra a metodologia da compreensão e que revela um percurso pelos textos do sistema jurídico, narrando o ato de aplicação em dado contexto e situação historicamente dados.

Acerca da motivação das decisões, NERY JÚNIOR (2013, p. 301), leciona que:

*“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas em julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam que ‘segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido’. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação”.*

Com efeito, o dever de motivação é formal, como vimos no tópico anterior, posto que é uma exigência do Estado Democrático de Direito. No entanto, e mais importante, a motivação da decisão judicial é substancial, revelando a exigência de um conteúdo mínimo que permita conhecer do processo de compreensão desenvolvido pelo magistrado.

Para compreender a motivação, neste contexto em que se apresenta enquanto metodologia da decisão judicial, se faz necessário, antes de mais nada entender que a decisão judicial é sempre anterior à sua explicação enquanto discurso referencial. Vale afirmar: o juiz primeiro decide para depois motivar a sua decisão, o que em outras palavras é dizer que o percurso gerativo de sentido conduz à compreensão, e esta enquanto a definição do sentido, é instantânea, convicção que ocorre no exato momento em que o horizonte do texto se funde com o horizonte expandido do intérprete. A motivação se dá em um segundo momento, ou seja, enquanto um discurso explicativo e referencial, que de acordo com a técnica jurídica exige-se que o juiz o estruture sequencialmente em relatório, fundamentação e decisão. Todavia, essa sequencialidade é meramente didática para o discurso da sentença, pois a partir da leitura dos autos e sua confluência com a compreensão dos textos jurídico-normativos, faz com que primeiro o juiz decida para depois expor os motivos da sua decisão.

Para bem compreender essa postura, é necessário que nos reportemos à hermenêutica filosófica, onde *interpretar/compreender* e *aplicar* ocorrem simultaneamente, na medida em

que a aplicação não significa que o intérprete primeiro compreende o texto e depois o aplique à sua situação concreta, ao invés disso, a aplicação é simplesmente compreender o que o texto tem a dizer (SCHMIDT, 2013, p. 161). Compreender, portanto, é aplicar, concepção advinda da hermenêutica filosófica proposta por GADAMER (2014, p. 407):

*“A estreita pertença que unia na sua origem a hermenêutica filológica com a jurídica apoiava-se no reconhecimento da aplicação como momento integrante de toda a compreensão. Tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação – isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”.*

Assim, a motivação do juiz é relato histórico desta compreensão/aplicação a partir de um texto jurídico-normativo, portanto, enquanto narrativa deste ato de compreensão, a motivação é o fundamento da já decisão tomada. Vale dizer, consoante expõe NERY (2013, Cap. 2, 2.4):

*“Aqui se percebe a necessidade de reconhecer a dobra da linguagem. Se é pela linguagem que se compreende, é na linguagem que se explicita o compreendido. Significa dizer que o processo hermenêutico de compreensão deve ser justificado por uma argumentação lógica e racional. Pela dobra da linguagem é possível dizer que a interpretação depende desse duplo trabalho: compreender e explicitar”.*

Portanto, a decisão judicial nasce para o mundo jurídico a partir da construção linguística de um discurso que revela a compreensão e uma deliberação já tomada no âmbito simultâneo da aplicação. É este relato que a torna parte do sistema jurídico, como consequência da atividade jurisdicional ordinária. Se é afirmado como verdade que “o que não está nos autos não está no mundo”, diante da inexistência de linguagem, também é possível uma locução semelhante para a decisão judicial, ou seja, “o que não está motivado não está decidido”, posto que só se conhece da decisão quando ela é explicitada pela linguagem.

### 3.1. *Motivação e princípio do livre convencimento*

Entre os princípios que vigoram em nosso sistema processual, e de certa forma, em grande parte dos países que adotam o sistema romano-germânico, temos o “princípio do livre convencimento”, também designado como “princípio da persuasão racional do juiz”, enquanto suporte teórico para a tomada de decisão e que teve origem no Século XVI e consolidou-se na Revolução Francesa, através de decreto da assembleia constituinte em 1791 (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p. 73).

Consiste o sistema do livre convencimento, na apreciação, pelo juiz, das provas e dos elementos constantes dos autos, independentemente de quaisquer critérios legais previamente determinados, mas de acordo com critérios racionais, podendo, inclusive, julgar o caso independentemente da produção de provas, caso os elementos nos autos sejam suficientes para a formação da convicção do magistrado. Enfim, “*regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção*” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p. 73).

Não basta, no entanto, a liberdade do juiz na apreciação dos elementos constantes dos autos, porquanto, a persuasão racional exige a descrição do processo de raciocínio, dentro de um discurso de fundamentação, razão pela qual a correta designação do princípio é o *livre convencimento motivado*. Poderá o juiz, desde que apresente as devidas razões, apreciar e valorar as provas, ou ainda, dispensar a produção destas, sentenciando o caso de acordo com uma convicção racional.

Não se confunde o *princípio do livre convencimento* com o *juízo de acordo com a consciência* do julgador, eis que o sistema não autoriza ao juiz que proceda de acordo com suas crenças ou preferências, ou ainda de acordo com suas paixões, vez que está submetido, de um lado à imparcialidade enquanto um dos fundamentos absolutos da sua investidura, e de outro, ao dever de não ingerência legislativa, que o impossibilita de inovar o sistema.

É tarefa da *jurisdição* zelar pela aplicação da norma ao caso concreto, todavia, como já vimos anteriormente, a norma é construída a partir de um texto jurídico-normativo, cuja enunciação é tarefa de poder constitucionalmente diverso do Poder Judiciário, que por suas peculiaridades institucionais, permite que condutas, procedimentos e institutos sejam regulados pelo Direito após intenso debate da sociedade.

Portanto, se o ordenamento jurídico impõe como exigência que a decisão seja fundamentada, atribuindo ao juiz obrigatoriamente um processo hermenêutico enquanto metodologia para a tomada de decisão, o livre convencimento do juiz está conectado à esta metodologia prevista no sistema, ao determinar que todas as decisões judiciais deverão ser motivadas. Vale dizer, a autoridade julgadora e a decisão proferida estão conectadas, obrigatoriamente, por um liame hermenêutico fundamental, que impõe que o julgador demonstre o percurso gerativo de sentido para a valoração dos elementos e provas constantes dos autos e a construção da norma jurídica concreta. Não se permite, neste processo de construção do raciocínio lógico-semântico, que possa se valer o julgador de elementos estranhos ao sistema jurídico, devendo a decisão resultar de um processo de aplicação permeado a todo instante pela interpretação que o julgador faz do sistema.

De modo que o princípio do livre convencimento tem seu limite objetivo na necessidade de motivação da decisão, não bastando que o juiz se convença, mas que principalmente vença o limite, tornando em discurso o percurso do seu convencimento, pois a impossibilidade de versá-lo em um ato de fala, sistematicamente aceitável do ponto de vista jurídico, torna a liberdade de convencimento uma mera aspiração psicológica, pois não tem o condão de produzir as necessárias consequências no plano jurídico.

Aqui, fundamentalmente, ocorre o que anteriormente tratamos a respeito do contexto e da situação, enquanto condições semânticas. A partir de uma situação concreta, evidenciada nos autos, se constrói o sentido do texto jurídico-normativo, o qual será a base do livre convencimento motivado. São os fatos, os argumentos produzidos pelas partes no âmbito retórico, a linguagem das provas, enfim, os elementos constitutivos dos autos, que formam o convencimento do juiz.

Vale dizer, não se atribui ao juiz a discricionariedade para decidir de acordo com sua livre convicção, mas de acordo com condições semânticas fundamentais, derivadas do contexto e da situação em que ocorre o ato de aplicação. Diante dessas condições semânticas é construído o raciocínio da decisão a partir do texto, e este raciocínio é depositado no universo do jurídico através do discurso da motivação, que revela a compreensão do magistrado em um tríplice ângulo: situação – compreensão/aplicação – construção da norma individual e concreta. Vale dizer, não é por acaso que a sentença é dividida em três estágios, sendo o *relatório* um resumo da relação jurídica processual, que não só revela que o juiz conheceu da causa, mas também que percorreu as instâncias semânticas do contexto e da situação; uma *fundamentação*, que para além de revelar o percurso gerativo de sentido realizado pelo magistrado, traz para o universo do discurso a compreensão/aplicação do texto

pelo intérprete, fundindo os dois horizontes (do texto e do juiz) para encontrar o sentido; por fim, um *dispositivo*, introduzindo no sistema do direito positivo uma norma individual e concreta, que determina as consequências da decisão judicial que serão irradiadas para a realidade, obrigando, proibindo ou permitindo que algo aconteça no mundo real.

### **3.2. Influências pessoais na motivação da decisão judicial.**

Uma questão que se apresenta no âmbito da experiência jurídica diz respeito à influência das convicções pessoais e morais do magistrado no ato de compreensão do texto jurídico-normativo. Ora, é fato que o juiz enquanto intérprete é um ser humano, logo sua perspectiva diante do texto jurídico-normativo não desborda jamais dessa circunstância. Seria impensável que ao vestir a toga, o juiz se tornasse um autômato, isento de quaisquer preconceitos, formando uma compreensão a partir dos textos como se o horizonte deles não compartilhasse nenhum sentido antecipado. É fato que somente crianças muito pequenas, que ainda não dominam a língua e os conceitos, são capazes de enxergar o mundo dessa forma, mas que perdem naturalmente essa capacidade na medida em que mergulham na linguagem.

Vale, ainda, recordar que na hermenêutica filosófica, o juiz é parte indissociável da linguagem. A forma como a hermenêutica filosófica vem tratar do tema indica até uma manifestação agressiva, no sentido que enquanto intérprete o juiz é *jogado* no mundo. Portanto, sendo *ser-no-mundo*, é jogado na linguagem, neste universo de sentido antecipado com a qual nenhuma forma de luta é possível, salvo quando a linguagem é flexionada para o nascimento de novos termos, onde se abre um novo horizonte cognoscitivo.

É lógico, portanto, que o juiz ao aplicar o texto esteja influenciado pessoalmente pelas convicções advindas do fato de *ser-no-mundo* e *ser-com-os-outros*, não podendo ao vestir a toga, despir de si mesmo para contemplar o fenômeno jurídico como se não participasse da linguagem do discurso em que foi elaborado. O que não se pode confundir é a influência de convicções pessoais e morais na compreensão do texto, com a decisão a partir das convicções morais e pessoais, negando o texto jurídico-normativo. Neste momento, é salutar demonstrar que a compreensão é fruto da influência pessoal do magistrado, alcance que se dá de acordo com o sentido antecipado da linguagem em que está inserido. Também não se confunde as influências pessoais do juiz na compreensão do texto jurídico-normativo com o dever de imparcialidade, posto que a imparcialidade decorre da inexistência de favorecimento do juiz às partes, justificado por qualquer circunstância pessoal, ou ainda, o

distanciamento do juiz com os elementos da causa. A influência das convicções pessoais e morais do juiz no ato de compreensão, ao contrário, não outorga qualquer tipo de tendência para julgar em favor de uma das partes, ou aproximar-se ativamente dos elementos da causa, mas proporciona que tais convicções se encontrem no horizonte expandido do intérprete-juiz. Assim, vale dizer, é legítima a influência das convicções pessoais e morais do magistrado na compreensão do texto, posto que o horizonte pessoal é formado pelos preconceitos que herdamos na linguagem, que por sua vez, também se encontram enclausurados no horizonte do texto.

Em uma análise comparativa dos espectadores de uma peça teatral e o comportamento dos juízes, leciona POSNER (2009, p. 136):

*“Para fazer escolhas quanto ao sentido de uma peça ou de um filme, os espectadores recorrem às suas experiências pessoais e a qualquer conhecimento especializado obtido a partir do estudo ou da análise de material semelhante, não raro discutindo suas reações com amigos que tenham conhecimento semelhante. O juiz, por sua vez, ao realizar sua função de espectador, recorre não apenas às próprias experiências pessoais e políticas, como também a um saber cultural especializado: seu conhecimento e sua experiência relativamente ao ‘direito’. Se for um juiz recursal, também consultará os colegas antes de decidir-se”.*

Como se pode constatar, não há como desvincular o juiz de si mesmo: o julgador, enquanto ser humano, está sujeito às intempéries da vida, às tensões emocionais que modificam a aproximação isenta do objeto interpretado. Ainda que o texto queira dizer algo, cujo sentido nos é antecipado pela tradição, é o horizonte do intérprete, ao se fundir com o horizonte do texto, que produz a compreensão. Ocorre que o horizonte do intérprete, além da linguagem em que está jogado, é constituído por experiências mundanas que lhe outorgam convicções pessoais e morais, além dos componentes emocionais, de modo que a compreensão do texto não está isenta de percorrer esse horizonte do intérprete.

### ***3.3. Necessidade de clareza na motivação da decisão***

Como dito, o juiz está jogado na linguagem. E através dela constrói, pela motivação da decisão, o relato da compreensão do texto jurídico-normativo. Essa construção linguística, todavia, muitas vezes é influenciada pela forma como o juiz articula a fala de explicitação da compreensão. Assim, a motivação da decisão deve ser simples e precisa, evitando rebuscamentos, para que o conteúdo semântico desejado na explicitação da justificativa

hermenêutica possa comunicar com clareza o processo de compreensão. Ocorre que, muitas vezes os juízes, assim como os juristas em geral, acabam por utilizar os recursos estilísticos da língua sem objetividade, visando apenas demonstrar o conhecimento linguístico do magistrado. Todavia, por ser o discurso da motivação das decisões judiciais um discurso enunciado pela autoridade que detém o poder de dizer o direito, carece da necessidade de expor superioridade linguística, daí porque deve almejar a simplicidade, como afirma HAFT *apud* KAUFMANN e HASSEMER (2002, p. 305):

*“Nos seus melhores momentos, a linguagem jurídica é certa, curta, sóbria e livre de pretensões de imponência (os juristas – ao contrário dos economistas, dos sociólogos e dos psicólogos – têm poder; eles não precisam de exibir uma superioridade linguística). Nos seus melhores momentos, os textos jurídicos são grande literatura, modelam um pedaço de experiência mundana em palavras exactamente adequadas e ajudam-nos a guiar a conveniência humana por caminhos ordenados através de modelos linguísticos tão precisos quanto esteticamente satisfatórios. (...) Contudo, não pode ser esquecido que os melhores momentos são raros e escasseiam cada vez mais. Não pode ser esquecido que, hoje, as velhas virtudes da simplicidade na linguagem, da concisão e da brevidade se perderam em grande medida. Não pode ser esquecido que os juristas são os principais produtores de colectâneas de floreios estilísticos.”*

Deste modo, vale-se da condição de que o juiz não pode se deixar influenciar pela vaidade cultural ao ponto de produzir um discurso motivacional sem sentido, ou que dificulte o entendimento acerca do que foi decidido, para defender-se no âmbito da motivação da decisão judicial que a linguagem seja simples, escoreta, a mais direta possível.

Para exemplificar essa necessidade de clareza da decisão, vale trazer notícia divulgada pela Agência Estado de São Paulo, do dia 07/12/2009, com o título “*Ministro do TST lê trechos de decisão judicial incompreensível para pedir clareza em linguagem*”, onde vemos o quanto é importante que o juiz seja claro para evitar o sem-sentido semântico. O jornalista da matéria destacou alguns trechos da decisão lida em plenário da 7ª Câmara do Tribunal Superior do Trabalho pelo Ministro Pedro Paulo Manus, que revelam que o rebuscamento chegou a níveis tão dramáticos que chegou a ser cômico, além de tornar o raciocínio da decisão completamente incompreensível, *verbis*:

*“Não sendo absoluta a faculdade reconvençional, de frisar-se a condição estabelecida, à legitimação de seu exercício, pelo verbete acima enfocado: a ocorrência de conexão entre a causa principal e a reconvenção ou entre esta e a tese eleita pelo réu/reconvinte para espancar as razões embasadoras da pretensão autoral. À vista disso, e nos parecendo mais consentânea com a boa lógica jurídica, exsurge inarredável a inferência de que a defesa, para os fins daquela regra*

*processual, merece ser entendida restritivamente, na dimensão exata do contexto argumentativo dirigido, de modo específico, ao rechaço do pedido, nela não se considerando irresignações do contestante, cuja eventual prosperidade não venha alterar a sorte da iniciativa processual objurgada. Destarte, a expressão fundamentos de defesa, adotada pelo artigo 315 da Lei Comum de Ritos, há de ser compreendida em consonância com o artigo 300 da mesma Sistematização formal, que sugere se esgotar toda a matéria de defesa na exposição das razões de fato e de direito com que o réu impugna o pedido do autor.”*

Como se verifica deste exemplo, a trama rebuscada de palavras e argumentos não se prestou a garantir o acesso do cidadão comum ao Judiciário. O exercício da jurisdição pelo juiz, ao mesmo tempo em que diz o direito ao caso concreto, construindo a norma jurídica a partir dos textos jurídico-normativos, tem o dever constitucional de motivar a decisão para garantir que se possa ingressar no território de compreensão do magistrado. E esse acesso deve ser garantido mediante uma linguagem simples, que permita ao cidadão também compreender o percurso gerativo de sentido. Aliás, o novo Código de Processo Civil, ora em *vacatio legis*, preocupou-se com a necessidade de clareza, prescrevendo expressamente:

*“Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.*

A exigência de motivação no Estado Democrático de Direito tem por fim garantir o direito fundamental do cidadão à decisão correta (STRECK, 2014, p. 123), como também o acesso ao seu conteúdo linguístico. Vale dizer, o emprego de linguagem rebuscada, inacessível ao cidadão comum, é uma violação ao Estado Democrático de Direito, pois alça o juiz a um patamar de inacessibilidade incompatível com a entrega da prestação jurisdicional.

#### ***4. Controles hermenêuticos das decisões judiciais***

Se por um lado o sistema exige a motivação das decisões judiciais, acoplado ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, determinando que o Poder Judiciário se pronuncie sobre os conflitos de interesses submetido ao seu exame, na ausência de discurso normativo que fundamente a construção da norma individual e concreta veiculada pela sentença, o juiz deverá sempre recorrer ao procedimento de integração previsto pelo sistema jurídico vigente para as hipóteses de omissões, as chamadas lacunas.

Opera, como primeiro limite objetivo da atividade hermenêutica, a separação das funções do Estado, devendo tais funções se exercerem de forma independente e harmônica, de

modo que o Poder Judiciário não pode, salvo exceções pontuais, exercer função que é institucionalmente atribuída ao Poder Legislativo. Em que pese o poder ser uno, a tripartição das funções tem por finalidade criar mecanismos de controles recíprocos, harmonizando o exercício do poder, na medida em que, quando o agente de uma determinada função de poder do Estado ultrapassa o limite legalmente instituído para sua função, haverá a interferência de outro agente também investido em função diversa, contudo exercendo o mesmo poder, como leciona MORAES (2011, p. 428):

*“Além disso, exercem todas funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos”.*

Portanto, exsurge claro que o limite imposto para a função judiciária, enquanto tarefa do Estado, e que não pode ser ultrapassado no exercício da função do agente político juiz, é não invadir a competência do Poder Legislativo para estabelecer o discurso jurídico, enquanto veículo introdutor de normas jurídicas gerais e abstratas, mediante o processo legislativo formal. Assim, em hipótese de lacuna, quando o discurso legislativo não enunciou a hipótese fática submetida ao exame judicial, o juiz está limitado a encontrar, no tecido do mesmo discurso, seja por analogia, seja por princípios gerais etc., a construção possível de uma norma individual e concreta, podendo recorrer aos costumes enquanto normatividade fora do sistema do discurso legislativo, mas sempre voltando a este para articular a motivação da decisão judicial.

Mesmo esse procedimento de integração não é realizado de forma discricionária, pois os mecanismos de integração também estão submetidos a controles, que por sua vez reforçam a ideia sistêmica do discurso normativo, demonstrando que a motivação da decisão, enquanto imposição hermenêutica do sistema, ata as mãos do juiz em um percurso integrativo sempre *autopoiético*, onde o fundamento para a construção da norma jurídica sempre estará no discurso do sistema, impedindo que se formule proposições não alimentadas pelo discurso normativo. Mesmo quando julgar por *equidade* ou empregando o costume enquanto norma, o juiz está diante de limites, posto que, como observa FERRAZ JR. (1994, p. 305),

*“O primeiro princípio de controle é de que nenhum meio integrador, gera, por si, um efeito generalizante. Mesmo no caso dos costumes, reconhecidos como fonte pela doutrina, a aplicação praeter legem só se generaliza se forma, ela própria, um costume jurisprudencial. O ato integrado é singular e o preenchimento da lacuna é sempre, in casu, devendo-se repetir o processo de argumentação para casos semelhantes. Em princípio, pois, só o legislador, nunca o intérprete, elimina a lacuna. O intérprete a preenche no caso, mas ela continua a subsistir, exigindo, em cada vez, novos atos de integração”.*

Enumera, referido autor, outros meios de controle da integração, a exemplo do controle por meio da *tipicidade fechada*, que limita taxativamente o ato hermenêutico, não permitindo, por exemplo, a aplicação da analogia na aplicação de normas penais; o controle por meio do *direito singular*, instituído para alguma utilidade especial, que vai contra um princípio ou norma geral, aplicando-se o texto jurídico-normativo tão somente aos casos que especifica, e não para outros casos, vale dizer, abre-se uma exceção tão somente para certos casos; a exclusão da analogia, no caso de *antinomias*, onde o ordenamento é omissivo quanto ao seu modo de superação; a proibição de aplicação dos *costumes contra-legem*. E essas limitações ao controle de decidibilidade, por sua vez, visam estreitar o campo de atuação do intérprete sempre em nome dos valores da segurança e da certeza (FERRAZ JR., 1994, p. 307).

Outra pedra de toque que se assenta na questão dos controles da decisão judicial, diz respeito à crítica da discricionariedade atribuída aos juízes no exercício da função jurisdicional, o que não pode ser confundida com a proibição de interpretar. É papel da jurisdição dizer o direito, portanto, a interpretação é decorrência da função jurisdicional. O que não se pode admitir é que os juízes, sob o fundamento da existência de ambiguidade e vagueza dos textos jurídico-normativos, passem a construir raciocínios normativos ao arbítrio de suas próprias convicções, fundamentados em princípios abertos.

O juiz, como já afirmado, é intérprete do texto jurídico-normativo. Assim, as ambiguidades e expressões vagas devem ser compreendidas dentro do contexto do sistema jurídico, contexto esse em que os princípios, diga-se de passagem, faz parte indissociável. Conferir discricionariedade aos juízes para, diante das ambiguidades e vagueza do texto, decidir conforme suas consciências, cujo perigo é bem denunciado por STRECK (2013, p. 101):

*“As consequências todos conhecemos: sob o pretexto de os juízes não mais serem a boca da lei, os princípios passaram a ser a ‘era da abertura interpretativa’, a ‘era da criação judiciária’ ... Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro ‘estado de natureza hermenêutico’, que redundou em uma fortíssima e dura reação do stablishment jurídico-*

*dogmático: mudanças legislativos introduzindo, cada vez mais força, mecanismos vinculatórios. Em outras palavras, o stablishment jurídico-dogmático procedeu a uma adaptação darwiniana”.*

Desta forma, há que se retomar no Estado Democrático de Direito a ideia de que o legislativo estabelece, ainda que em descompasso com a evolução da sociedade, os textos jurídico-normativos que cabe ao juiz interpretar, enquanto receptor da comunicação veiculada pelos textos, a mensagem deontica neles contida, sem que lhe seja atribuída qualquer discricionariedade para, na existência de expressões vagas e ambíguas, proceder de acordo com suas convicções, o que tornaria a atividade jurisdicional em atividade política. Deve, ao contrário, encontrar a compreensão no horizonte do texto, com o qual se funde o seu horizonte, partilhando ambos da mesma linguagem.

#### **4.1. Decisões diferentes para casos semelhantes**

Um dos fenômenos hermenêuticos que mais chama a atenção na prática jurídica, e tem despertado várias gerações de estudiosos, é o fenômeno das decisões diferentes para casos semelhantes. Com efeito, não raras vezes, diante de um mesmo texto normativo e em circunstâncias processuais análogas (até mesmo idênticas), o resultado da atividade hermenêutica chega a decisões judiciais completamente diversas.

Em tais casos, no âmbito da motivação da decisão, nota-se claramente que a argumentação é construída a partir do mesmo texto jurídico-normativo, todavia, as premissas adotadas, comparando-se as decisões, revelam um percurso gerativo de sentido divergente, ainda que o sistema jurídico considere válidas as duas decisões. Este fenômeno, contrastando frontalmente com um dos pressupostos essenciais da dogmática jurídica – os dogmas da previsibilidade das decisões e da segurança jurídica – acabam por promover questionamentos acerca da credibilidade da decisão judicial, principalmente no que tange aos julgamentos baseados em valores e critérios individuais dos juízes, em oposição à mensagem deontica que o texto guarda em si.

Assim é que diante de um enunciado do direito positivo, como já vimos, o juiz inicia um percurso gerativo do sentido. Dentro da hermenêutica filosófica, parte o juiz de estruturas prévias da compreensão, fundadas na linguagem do texto e que conseqüentemente também é o universo da linguagem do sujeito cognoscente. Assim, é tarefa do intérprete compreender o que o texto tem a dizer, trazer para o mundo a fala do texto. Vale dizer, há presente no texto

jurídico-normativo um sentido, correspondente a uma mensagem do legislador, que por sua vez deve ser compreendida pelo intérprete, sentido esse que não se confunde, todavia, com a vontade do legislador ou vontade da lei, até mesmo porque esta não possui vontade alguma, pois não é entidade volitiva. Trata-se, simplesmente, de dizer o que diz o texto, pois é este que tem algo a ser compreendido.

Por outro lado, a tradição herdada pelo intérprete, que também envolve um repertório das interpretações que anteriormente se realizaram sobre o texto, lhe confere um horizonte expandido quanto à compreensão do tema, que por sua vez será sempre objeto de novas interpretações, renovação assim a tradição. Assim, o ato de aplicação continua a formar a tradição através da compreensão, de forma que reiteradas decisões acerca de um determinado texto jurídico-normativo – considerando-se também o dogma da previsibilidade das decisões judiciais – acabam por gerar uma interpretação correta, utilizando-se para este fim a terminologia de Gadamer.

Esta circunstância, por outro lado, dentro da dogmática jurídica, já havia sido observada por KELSEN (1986, p. 147), que considerava as interpretações reiteradas de um mesmo texto normativo a produção de “*uma norma jurídica geral, cujo conteúdo corresponde ao princípio que influenciou as decisões judiciais*”. De um modo geral, casos semelhantes tendem a ter idênticas soluções, de modo que o efeito da coisa julgada introduziria no sistema positivo – no entendimento do Mestre de Viena – uma norma geral que enuncia em linhas gerais que “*dado um caso A, a solução deve ser B*”. Esta construção “normativa” de caráter geral, todavia, não é obrigatória, posto que apenas deriva de uma uniformização das decisões judiciais que influenciam o magistrado no âmbito da aplicação ao caso semelhante, à exceção das Súmulas Vinculantes que efetivamente vinculam os juízes a decidir de determinada forma. Não obstante a tradição advinda da jurisprudência reiterada, que aponta para uma interpretação correta do texto como exsurge da hermenêutica filosófica de Gadamer, por outra via é sempre possível ao juiz, na intersecção do horizonte do texto com o seu próprio horizonte, conferir novo sentido ao texto, de acordo com as circunstâncias em que se dá o ato de aplicação, e de certa forma, a tradição poderá não só ser renovada, mas inclusive inovada, fazendo com que se tenha uma nova compreensão sobre o fenômeno jurídico.

Em um sistema democrático de direito, o juiz tem a liberdade de decidir de acordo com o que se denomina *persuasão racional motivada*. Isto quer dizer que mesmo diante de um caso semelhante, poderá o juiz, dada circunstâncias pontuadas pelo contexto e situação, decidir de forma contrária, dentro de um espectro de liberdade que só encontrará o limite

objetivo na necessidade de motivação suficiente, com a qual se realiza o controle da decisão, enquanto mecanismo procedente do mesmo Estado Democrático de Direito. Assim, se os fundamentos da decisão forem suficientes, demonstrando que o magistrado realizou o percurso gerativo de sentido dentro de uma lógica racional do discurso, a decisão será coerente com o sistema jurídico, produzindo efeitos, ainda que contrarie a posição majoritária da jurisprudência. Todavia, a construção de sentido sempre será a partir do texto jurídico-normativo, e não das convicções pessoais ou morais do juiz, eis que o sistema jurídico não permite qualquer discricionariedade para decidir fora dos limites impostos pelo texto.

À guisa de exemplo de decisões judiciais distintas para casos semelhantes, em recentes demandas promovidas no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça acabou por decidir questões semelhantes de formas diferentes.

Com efeito, a discussão girava em torno de servidores públicos contratados mediante processo seletivo, através do regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Referidos servidores pleiteavam aposentadoria pelo regime estatutário com fundamento no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prescreve:

*"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público"*

Com base no referido texto jurídico-normativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo produziu duas interpretações distintas, diametralmente opostas, na medida em que a um dos servidores negou-se o direito à aposentadoria pelo regime estatutário, enquanto que ao outro, em idêntica situação jurídica, a aposentadoria foi concedida. A primeira decisão, proferida na Apelação Cível nº 0010990-20.2012.8.26.0361 (j. 30/10/2013), negando o direito ao demandante, assim enunciou:

*"REGIME PREVIDENCIÁRIO. Servidor de autarquia, aprovado em processo seletivo, contratado pelo regime da CLT. Estabilidade excepcional, conferida pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que não converte a situação do autor para o regime estatutário. Regime previdenciário próprio dos servidores públicos que é exclusivo dos titulares de cargo efetivo. Constituição Federal, artigos 149, § 1º e 40, "caput". Situação não contemplada pela Lei Complementar no 1010/2007, que criou o regime próprio de previdência dos servidores públicos, admitidos por meio de concurso público, cujas atribuições, deveres e responsabilidades específicos estejam definidos em estatutos ou normas estatutárias. Demanda improcedente. Recurso não provido."*

Por outro lado, concedendo o direito ao outro servidor público em mesma situação, na Apelação Cível nº 0021795-83.2012.8.26.0053 (j. 09/12/2013), o mesmo Tribunal enunciou:

*“Ementa.*

*I - Servidor Público de autarquia estadual contratado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Reconhecimento do direito de participar do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos - RPPS. Possibilidade. Servidor que desenvolve função de natureza permanente no serviço público. Inteligência do § 3o do artigo 2o da Lei Complementar Estadual n. 1.010/07.*

*II - Preliminar de incompetência absoluta. Vantagem reclamada com fundamento em lei estadual, e não na Consolidação das Leis do Trabalho. Competência da Justiça Comum Estadual e não da Justiça Obreira.*

*III - O autor, engenheiro civil, servidor público contratado sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas, foi declarado estável no serviço público, nos termos do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, combinado com o artigo 18 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Bandeirante. Decisão judicial assegurou a ele o direito ao recebimento do adicional da sexta-parte sobre os vencimentos integrais, excetuando as gratificações e outros adicionais temporais. Também sobre seus vencimentos é aplicado o redutor salarial previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição da República. Até com progressão para estágio superior foi beneficiado o autor. Somando a esses dados o fato de que ingressou no serviço público após realizar processo seletivo, como determinavam o Regulamento do Departamento de Obras Públicas e o artigo 92 da Emenda à Constituição Estadual n. 2, o requerente faz jus ao reconhecimento judicial de relação jurídica estatutária para os fins de aposentadoria em igualdade de condições com o funcionário público estatutário.*

*IV - Sentença de procedência. Preliminar rejeitada. Recurso improvido.”*

O exemplo ora trazido é emblemático para demonstrar que diante de casos semelhantes as conclusões podem ser absolutamente diferentes, revelando que o discurso da motivação enquanto a construção do raciocínio lógico-semântico, apesar da aplicação dos mesmos textos jurídico-normativos, muitas vezes chega a construções normativas distintas, posto que o ato de aplicação é circunstancial, historicamente dado, de modo que o contexto e situação em que ocorre a aplicação aponta para a compreensão da norma em determinado sentido.

Há autores que, neste aspecto particular, entendem que as decisões diferentes para casos semelhantes decorrem da ambiguidade das expressões do direito positivo, como faz FERRAZ JR. (1994, p. 306):

*“... se admite como superior o princípio de que casos semelhantes devem ser tratados de modo semelhante, como também porque as normas, emanadas numa língua parte técnica, em parte natural, sempre trazem alguma ambiguidade e vaguidade”.*

No exemplo que colacionamos, a discussão gira em torno do significado do conceito de “estabilidade” decorrente do texto do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e se o seu conteúdo semântico seria ambíguo ou vago ao ponto de considerar que o servidor celetista, que ingressou na carreira por concurso público e foi considerado estável pelo ADCT, é equiparado ao servidor estatutário.

Nota-se que, no ato de aplicação, negando o direito ao servidor público, o relator do primeiro acórdão construiu a norma jurídica a partir do sentido que atribuiu ao termo “estabilidade” afirmando que:

*“trata-se de estabilidade que apenas assegura aos servidores que não sejam dispensados sem justa causa, como ocorre com as relações regidas pela CLT, de modo que o servidor estável não pode ser exonerado senão mediante processo disciplinar, com as garantias do contraditório e da ampla defesa”.*

Neste primeiro acórdão, o magistrado não levou em consideração o ingresso através de concurso público para a análise da equiparação ao servidor estatutário, pois considerou que os regimes celetista e estatutário são distintos sob o aspecto legal, independentemente da forma de ingresso do servidor nos quadros da Administração Pública.

Em que pese o relator do segundo acórdão compartilhar da mesma opinião quanto ao significado da expressão “estabilidade”, ou seja, que ela apenas assegura ao servidor não ser dispensado imotivadamente, por sua vez, o segundo magistrado, integrando outros dispositivos constitucionais, entre os quais o provimento de cargo por concurso público (ainda que sob a forma de processo seletivo) e a concessão de isonomia de benefícios/limitações a servidores celetistas e estatutários, tais como sexta-parte e teto de remuneração, houve por bem equiparar o servidor contratado pelo regime de CLT ao servidor estatutário, sob a premissa de que estatutário é o servidor “efetivo” e por sua vez, a efetividade é uma característica vinculada ao cargo preenchido por concurso público, independentemente da estabilidade, portanto, havendo ingressado por concurso público, o servidor celetista estaria equiparado ao servidor estatutário, portanto, gozaria da aposentadoria pelo mesmo regime.

Na comparação dos dois acórdãos verifica-se nitidamente que os casos são semelhantes em todos os seus elementos fáticos e jurídicos, todavia, o percurso gerativo de sentido atribuiu significações distintas à mensagem do texto jurídico-normativo, considerando cada julgador, dentro do seu horizonte pessoal em confluência com o horizonte do texto, uma determinada circunstância que no discurso da motivação conduziu a raciocínios diferentes. É

importante, destacar, que não existem casos idênticos, já que o real é irrepetível, mas casos em que se guarda uma certa identidade, daí porque a compreensão é sempre sobre um contexto ou situação.

Todavia, conforme salientamos ao longo da presente dissertação, o texto jurídico-normativo *quer dizer algo*, uma mensagem comunicada pelo sujeito da enunciação (o legislador), que por sua vez, como afirmado anteriormente, leva em consideração uma potencial compreensão do enunciatário, de modo que conceber um discurso em que o legislador tenha dito algo, e ao mesmo tempo conceber que tenha dito algo diferente – gerando no âmbito da realidade social casos conflitantes, reconhecimento de direitos para uns e violação da isonomia para outros, imprevisibilidade de decisões, instabilidade e insegurança jurídica – demonstra claramente a necessidade que no âmbito da aplicação, parafraseando Gadamer, o horizonte do texto, em sua intersecção com o horizonte expandido do intérprete, deva produzir interpretações corretas na medida em que legitimam nossos preconceitos, rejeitando os preconceitos ilegítimos, na busca de uma resposta para a pergunta original. Assim afirmou GADAMER (2011, p. 398):

*“Esse fenômeno geral pode ser ilustrado com especial clareza pela codificação jurídica e correspondentemente pela hermenêutica jurídica. Não é por acaso que a hermenêutica jurídica exerce uma espécie de função paradigmática. Aqui, a remissão à forma escrita e o constante apelo ao texto aparece como algo óbvio e natural. O que é instituído como direito serve de antemão para dirimir ou evitar discussões. Nesse sentido, o recurso ao texto está sempre justificado tanto para quem busca o direito, as partes, como para quem encontra e dita o direito: o tribunal. Por isso, a formulação de leis, de contratos ou de decisões legais deve ser especialmente rigorosa, e tanto mais a sua fixação escrita. No escrito, a resolução ou o acordo deve formular-se de forma que seu sentido jurídico se desprenda claramente do texto, evitando assim o perigo de abuso ou tergiversação. Uma exigência de ‘documentação’ é precisamente que ela possibilite uma interpretação autêntica, mesmo que seus autores, os legisladores ou as partes contratantes não estejam acessíveis. Isso implica que a formulação escrita preveja o espaço de jogo de interpretação. Esse espaço de jogo surge sempre que o ‘leitor’ precisa aplicar o texto. Trata-se de evitar a controvérsia na ‘proclamação’ ou na ‘codificação’, descartar-se os mal-entendidos e o abuso e possibilitar uma compreensão inequívoca”.*

Apesar da ambiguidade e vaguidade nas expressões do direito positivo, há de se encontrar no âmbito da aplicação um sentido próprio da construção normativa, em contraposição a um sentido impróprio, posto que não se pode conceber um sentido verdadeiro para as proposições normativas, uma vez que o direito não opera com a possibilidade de uma decisão verdadeira, mas sim com uma aplicação correta do texto jurídico-normativo. Com efeito, uma vez que o legislador enuncia o ato de fala através do texto, é o texto quem fala

pelo legislador, e o sentido de verdade e vontade, que normalmente está associado a *mens legislatoris*, simplesmente desaparece, para dar lugar ao sentido do texto. É aqui que se inicia uma primeira confusão na ordem do discurso jurídico, ou seja, quando os juízes passam a tentar resgatar uma vontade do legislador que pereceu no tempo, e deixam de lado a compreensão da mensagem do texto. É este, justamente, o perigo da discricionariedade, conforme alerta NERY (2013, Cap. 2, 2.2.1):

*“Buscar a ‘adequação’ do caso concreto à vontade da lei/legislador é uma tentativa de buscar o fundamento primeiro da lei, como se a lei tivesse uma essência que merecesse ser revelada pelo sujeito solipsista. Veja como essa dinâmica é paradoxal: se a ‘vontade da lei/legislador’ é aquilo que se pretende conhecer (portanto, objeto do conhecimento do saber jurídico) e se, para conhecê-la é necessário se socorrer da consciência do sujeito pensante, a ‘vontade da lei/legislador’ nada mais é do que aquilo que o sujeito solipsista diz que é! O direito torna-se um conhecimento amarrado àquilo que o sujeito – que inicialmente pretendia conhecer (revelar, descobrir) – permite que ele seja. Eis a raiz da discricionariedade”.*

Em que pese as expressões do direito positivo apresentarem significados vagos e ambíguos, a norma jurídica, enquanto padrão de um comportamento, de uma organização estrutural do Estado ou de um procedimento jurídico, tem um sentido deôntico correto, posto que são construídas a partir de um discurso que veicula uma mensagem do emissor (legislador), mensagem essa que deve ser compreendida pelo receptor, de modo que a construção de normas jurídicas diferentes para casos semelhantes aponta para ao menos alguns sintomas, entre os quais temos o ruído na comunicação da mensagem, apontando expressões polissêmicas ou construções fráscas ambíguas, que leva o intérprete à compreensão do seu sentido conforme o contexto linguístico ou a situação concreta; e ainda, a discricionariedade do juiz no ato de aplicação, buscando construir o sentido de acordo com sua convicção pessoal ou moral, ou ainda, almejando resgatar a vontade do legislador ou da lei, e não com a compreensão que se pode produzir a partir do texto jurídico-normativo. No entanto, ambos os sintomas apontam que é na motivação da decisão, enquanto construção lógico-semântica da norma jurídica, que teremos a instauração do problema, e é nela que precisamos almejar encontrar uma possível solução.

Conforme a hermenêutica filosófica, poderíamos dizer que no caso das decisões diferentes para casos semelhantes, o que ocorre é um problema nas perguntas formuladas pelo intérprete, posto que perguntas corretas apontam para os horizontes corretos e traduzem corretas respostas, de modo que o diálogo entre o texto e a aplicação baseado em perguntas incorretas, levaria a aplicação incorreta. Afirma GADAMER (2014, p. 482):

*“De início, o fato de um texto transmitido se converter em objeto de interpretação significa que coloca uma pergunta ao intérprete. Nesse sentido, a interpretação contém sempre uma referência essencial à pergunta que nos foi dirigida. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas, como já demonstramos, isso ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico. Definimos isso como horizonte do perguntar, no qual se determina a orientação de sentido do texto.*

*Assim, pois, para compreender é preciso que as perguntas ultrapassem o que foi dito. Deve-se compreender o que foi dito como resposta a uma pergunta. Assim, ultrapassado o que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo que ultrapassa isso que foi dito. Só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode ser também outras respostas. Assim, o sentido de uma frase é relativo à pergunta a que ele responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que é dito nela. Como se percebe nessa reflexão, a lógica das ciências do espírito é uma lógica da pergunta”.*

Esclarece, neste sentido, SCHMIDT (2013, p. 188):

*“Como nossos preconceitos e nossa tradição são linguísticos, e a compreensão começa a partir de nossos preconceitos herdados, é mais correto dizer que a linguagem nos fala em vez de nós a falarmos. A relação entre um texto e sua história efetiva de interpretações diferentes, mas corretas, é especulativa porque cada interpretação apresenta um aspecto daquilo que o texto diz, ou seja, não há um segundo texto sendo criado na interpretação correta. (...) No evento hermenêutico da verdade, a interpretação correta de um texto, ou seja, o preconceito legítimo (ou preconceitos), brilha no caráter aberto da dialética entre pergunta e resposta, convencendo os interlocutores. É por isso que a disciplina hermenêutica do questionamento e da investigação pode garantir a verdade sem se basear no método científico”.*

Essa seria uma das vertentes para a reflexão sobre a problemática, de acordo com a hermenêutica filosófica, ou seja, a solução correta para casos semelhantes está na compreensão correta do texto, justificando, assim os nossos preconceitos legítimos. No entanto, há um outro ponto de vista que provém da teoria do discurso, e no caso do discurso jurídico, que afirma a autoridade do intérprete na produção da interpretação, a resultante seria sempre correta, pois proferida por quem está investido para dizer o que o texto diz.

Neste particular, a teoria semiótica, aplicada ao discurso jurídico, tem colaborado para entender porque ocorre o fenômeno das interpretações divergentes. Assim é que pela semiótica se compreende que tais interpretações sucedem dentro de um lapso temporal, onde o signo, que é compreendido pelo seu *interpretante imediato*, ou seja, aquele significado atribuído *prima facie* pelo intérprete através de uma possibilidade interpretativa impulsionada ou pelo contato emocional com o signo, ou através de um impulso energético para lhe atribuir o efetivo significado, ou ainda, por um impulso de interpretação lógica, derivada do hábito ou da convenção, paulatinamente vai dando lugar ao *interpretante dinâmico*, que se constitui das

diversas interpretações que se faz sobre o signo, até que se chegue a um *interpretante final*, ou seja, a expressão completa da representação que se fará do signo (SILVEIRA, 2007, p. 50).

Assim, ao longo de determinado espaço temporal, diversas interpretações são construídas, sem que se possa delas afirmar que ao signo será atribuído um significado definitivo. Esse *interpretante dinâmico*, no entanto, tem por finalidade partir do *interpretante imediato* para compor, pela intercorrência de diversas interpretações, um *interpretante final*, que por sua vez, representaria o significado mais adequado, como leciona SILVEIRA (2007, p. 50):

*“Tem-se, então, um feixe de interpretações, constituindo o Interpretante Dinâmico daquele signo, podendo haver, inclusive, antagonismos entre elas. Caso, no entanto, se persista na buscada melhor compreensão do fenômeno, tenderá a haver uma convergência para a mais adequada e completa interpretação, a qual constituir-se-á no Interpretante Final do fenômeno. Nada garante que haverá um dia uma interpretação definitiva, nem que venha a haver uma única interpretação. Mas se a busca de interpretação verdadeira se fizer continuamente, sempre se subentendendo as concepções ao teste da experiência, os erros tenderão a ser eliminados e as interpretações estarão convergindo para sua verdade, como melhor adequação da conduta ao fenômeno, tomado como seu objeto de investigação”.*

É importante, por fim destacar que o ordenamento jurídico lança diversos mecanismos de controle buscando evitar que interpretações divergentes sejam aplicadas em casos semelhantes, que podem ser analisados enquanto controles internos dentro da relação jurídica processual, a exemplo dos institutos da prevenção, da litispendência, da conexão, da identidade física do juiz e do incidente de uniformização de jurisprudência, cujos fundamentos pretendem ou canalizar para um mesmo intérprete a tarefa de decidir, baseando-se no contato prévio do juiz com a causa, ou ainda, em processos de competência originária dos Tribunais e mediante recurso, promover que a interpretação seja adequada aos precedentes majoritários da Corte, evitando-se assim decisões conflitantes.

Para além de tais controles, existe ainda controles externos à relação processual, cujos objetivos são vincular o magistrado, em seu procedimento de construção da norma jurídica aplicável, aos *interpretantes finais* considerados pelo sistema. Estes dispositivos de controle, tais como as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade, ou nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em geral, obrigando que todos se submetam à interpretação conforme as decisões proferidas. E ainda, as Súmulas Vinculantes, que proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, após deliberação de

dois terços de seus membros após reiteradas decisões em matéria constitucional, vinculam sua aplicação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral.

Tais controles, internos ou externos à relação processual submetida ao juiz, todavia, visam garantir a segurança jurídica de um lado, e impedir a multiplicação de lides sobre questões idênticas de outro, sempre no intuito de eliminar interpretações diferentes para casos semelhantes, esforço esse todavia que não pode garantir jamais uma interpretação cabal do texto do direito positivo (verdadeira), mas surge apenas como um corte final no processo de interpretação, para que se possa garantir a paz social.

Todavia, há que se levar em conta que o processo de raciocínio do juiz conduz a um ato de compreensão/aplicação do texto. Referido ato de compreensão (decisão) encontra seu suporte narrativo no discurso da motivação das decisões judiciais. Este ato pode ser visto sob dois ângulos, que apesar de um certo aspecto de similaridade, guardam distinções entre si. Por um primeiro ângulo, podemos dizer que o juiz primeiro decide e depois fundamenta a sua decisão, ou seja, há nesta ideia uma cisão entre o ato de compreensão e o ato de aplicação, sendo que a motivação da decisão, enquanto fundamento desta, é simplesmente a narração do processo decisório. Por esta ótica, proveniente da teoria do discurso, a decisão judicial é essencialmente formal, na medida em que não pretende alcançar uma resposta correta para a interpretação do texto, mas apenas legitimar a decisão proferida pelo juiz. Por um outro ângulo, todavia, proveniente da hermenêutica filosófica, o juiz não decide e depois fundamenta, ou ainda fundamenta para depois decidir, pois decisão e fundamentação, nesta ótica singular, são um único ato de compreensão/aplicação, que não pode ser cindido. A narrativa da motivação da decisão, neste aspecto, seria tão somente a expressão linguística do conteúdo da aplicação.

Contrapondo-se, então, a hermenêutica filosófica com a teoria do discurso, conforme alerta STRECK (2014, p. 123), a busca por uma resposta correta, que eliminasse decisões judiciais diferentes em casos semelhantes, encontraria seu problema na questão da verdade. Assim, pela hermenêutica filosófica a decisão judicial almeja encontrar a resposta correta, enquanto conteúdo do texto interpretado, ou seja, o que o texto tem realmente a dizer, enquanto que pela teoria do discurso, a resposta correta seria apenas procedimental, ou seja, uma vez que o juiz tenha observado as regras da construção do discurso de fundamentação, a decisão seria legítima, independentemente do conteúdo, ou seja, a verdade seria consenso. Neste este binômio *verdade* e *consenso*, o Mestre gaúcho dedicou extensa obra jurídico-filosófica, cujo fragmento ora selecionado bem resume a questão das decisões diferentes para casos semelhantes:

*“... essa diferença propicia que, na hermenêutica, em face da antecipação de sentido e da incindibilidade entre interpretação e aplicação, a verdade se dê em um vetor de racionalidade estruturante (transcendental não clássico), ou seja, no nível do logos hermenêutico, enquanto na teoria do discurso a verdade é produto de um vetor de racionalidade que se dá no nível do logos apofântico, vetor manifestativo-argumentativo-lógico.*

*Confundir o conhecimento (“processo” compreensivo) com o modo de explicitação desse conhecimento (justificação do compreendido) implica colocar-nos diante de um dilema, representado pelo problema da escolha ou da “melhor escolha” de um standart de racionalidade, como bem alerta Stein: nenhuma filosofia vem para ornamentar um discurso jurídico e nem servirá de refúgio para as perplexidades nascidas dos limites e das tentativas de fundamentação.*

*Esse problema, aliás, aparece fortemente na dogmática jurídica praticada no Brasil, mesmo naquela que se pretende mais crítica, ao admitir a possibilidade da existência de várias respostas para um mesmo ‘caso concreto’, ainda que diferentes juízes sigam o mesmo procedimento” (STRECK, 2014, p. 129).*

Creemos que muita lenha se queimará ainda sobre o tema, sem que se possa compreender o fenômeno de decisões diferentes para casos semelhantes. Mas, se tomarmos o discurso da motivação enquanto a narrativa da construção da norma jurídica a partir da compreensão do texto, ou seja, do conteúdo semântico do que o texto *tem a dizer*, certamente navegaremos por águas mais seguras. Assim, nos parece que a hermenêutica filosófica, que surgiu a partir do giro ontológico-linguístico nas obras de Heidegger e Gadamer, muito tem a contribuir para a solução do fenômeno, mantendo ainda os valores de segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, tão caros ao Estado Democrático de Direito.

## **4.2. *Motivação das decisões em casos difíceis.***

### **4.2.1. *Da problemática dos casos difíceis.***

Casos existem, porém, que os textos jurídico-normativos não tocam a realidade, muito embora sobre os fatos da realidade o julgador seja convocado a proferir decisões. Tratam-se dos casos difíceis (*hard cases*), onde ausente a normatividade. Assim são referidos na literatura de DWORKIN (2014, p. 127):

*“Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a*

*causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (new legal rights), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.*

Como é defeso ao Poder Judiciário deixar de decidir sob a alegação da inexistência de texto dispondo sobre os fatos de dado caso concreto submetido ao seu exame, os casos difíceis configuram singular circunstância em que o juiz, através da motivação da decisão, deve empreender todos os esforços hermenêuticos necessários não só para a integração dos textos, mas também para preservação da ordem jurídica, com a finalidade de construir uma norma jurídica concreta aplicável.

Todavia, ao mesmo tempo em o sistema de direito positivo convoca o juiz para decidir nos casos difíceis (e aqui tomamos *sistema* na acepção trazida no item 07 do Capítulo II deste trabalho), aparentemente esse mesmo sistema impõe um limite objetivo para a interpretação do direito na ausência de um texto jurídico-normativo que enuncie a vontade do legislador. Esse limite objetivo, então, condicionaria o magistrado a não proferir decisões políticas, ou seja, decisões que inovem o sistema, criando normas abstratas, ainda que com efeitos concretos.

Neste momento do trabalho, percorreremos a problemática da motivação das decisões nos casos difíceis, sob as perspectivas que nos parecem adequadas à linha de raciocínio até então desenvolvida: (i) o texto é a enunciação da vontade do legislador, portanto na ausência de texto, é evidente que o legislador (enquanto órgão político) não emitiu juízo de valor acerca de uma determinada realidade do mundo circundante, seja por ausência de vontade política, conveniência ou oportunidade; (ii) a compreensão ocorre a partir do texto, de modo que a hermenêutica, enquanto ato de aplicação na decisão judicial, é uma fusão do horizonte do texto com o horizonte expandido do intérprete; (iii) o juiz, enquanto órgão do Estado, também exerce uma função de natureza política, a jurisdição, o poder de dizer o direito aplicável a determinado caso concreto; (iv) os casos difíceis demandam uma posição judicial frente à realidade, realidade essa na qual o juiz está inserido, enquanto *ser-no-mundo* em um dado momento histórico; (v) o juiz, ainda que ausente texto jurídico-normativo, não julga fora dos parâmetros da razoabilidade do sistema, uma vez que a linguagem do direito é historicamente dada pelas relações de poder, assim compreendidas as relações culturais, econômicas, políticas etc., de modo que a motivação da decisão não se separa das referidas relações de coerção, assim como o juiz não se separa da linguagem em que está inserido.

Fixadas essas premissas iniciais, passaremos a analisar as correntes doutrinárias que, diante dos casos difíceis, reconhecem ou não um limite objetivo imposto aos juízes pelo sistema, no que tange a possibilidade de motivações políticas na construção de normas abstratas com efeitos concretos.

#### **4.2.2. Posições críticas acerca dos casos difíceis.**

A primeira corrente, leva em conta o princípio da separação das funções do Estado, em um Estado Democrático de Direito. Com efeito, é reconhecido de forma unânime que o poder é uno, e enquanto unidade, o poder é exercido igualitariamente pelos que alçam a legitimidade como representantes, seja por eleição, indicação, ou ingresso por concurso público. Assim Legisladores, Membros do Poder Executivo e Juízes, cada qual exercendo o poder de acordo com uma determinada investidura, são parte desta unidade indivisível que é o poder. Todavia, embora o poder não seja divisível, cada personagem do poder está investido em uma função determinada, ou seja, enquanto uns enunciam as regras para a garantia do convívio pacífico em sociedade, outros exercem a função administrativa da coisa pública, e ainda, quando surge um conflito de interesses que ameace a paz social, outros detêm a função de dirimir o conflito através da construção de uma norma jurídica concreta, distribuindo a justiça e pacificando a contenda. Nos ensina VILANOVA (2003, p. 355):

*“Sabemos que todos os órgãos-do-poder, num sistema de poderes repartidos e compartilhados, estão no mesmo plano. Todos ostentam o mesmo grau e tão enérgico é o vínculo que os agrupa que nenhum é sem o outro. Sem a existência do Judiciário, as normas emitidas pelo Legislativo ficariam à mercê da observância espontânea dos indivíduos, mas quando desatendidas seriam insuscetíveis de aplicação, por lhes faltar o órgão posto acima das partes para resolver a contenciosidade. Ou então seriam impostas por mão própria, que nem sempre distribui exata fração de justiça que a controvérsia requer. Por sua vez, sem agente habilitado para prefixar regras gerais de comportamento humano o que é devido e o que não é devido fazer, o agente que julgasse a controvérsia ficaria sem critério objetivo para dizer, no caso, o justo”.*

Por outro lado, cada função distinta do Estado visa exercer o controle da outra, em um sistema de freios e contrapesos, garantindo a necessária independência da função exercida, em completa harmonia com as demais funções. Enquanto o Poder Legislativo e o Poder Executivo possuem a iniciativa para o exercício do poder, seja enunciando textos jurídico-normativos, seja gerenciando um determinado orçamento, o Poder Judiciário, ao

contrário é um órgão passivo, devendo a jurisdição ser provocada pela parte interessada em dirimir um determinado conflito de interesses. É aqui, portanto, que essa corrente identifica a primeira limitação objetiva ao exercício da jurisdição, ou seja, compete aos juízes agir somente quando instalado um conflito de interesses que ameace a paz social. Esta limitação objetiva, portanto, exige que o poder de dizer o direito se efetive tão somente diante de um conflito.

Em sua maior parte, os conflitos de interesses demandam uma controvérsia sobre a interpretação de um texto jurídico-normativo, vale dizer, o texto incide sobre a realidade social, fazendo valer a enunciação *desejada* pelo legislador. No entanto, em outros casos, a realidade social avança em tal velocidade que determinados fatos da vida restam não regulados nos textos jurídico-normativos, seja por que o legislador sobre eles não emitiu qualquer juízo de valor, seja diante da inexistência de vontade política para regulá-los. E ainda, não pode o direito prever todos os fatos da vida, por pertencer à ordem do dever-ser. Assim, os textos jurídico-normativos manifestam-se sobre parte dos dados de uma “realidade possível”, porque o mundo do ser é dinâmico, enquanto o mundo do dever-ser apresenta-se sob uma forma sintática estática, aguardando investimentos semânticos acerca dos dados circunstanciais da realidade. De sorte que, não poucas vezes, os dados da realidade não se enquadram na moldura projetada pelo legislador, posto que não enunciou novas molduras acerca de condutas socialmente possíveis.

Entrementes, os fatos sociais não regulados, pela dinâmica em sociedade também levam aos conflitos, e é tarefa do Estado pacificar os conflitos mediante a sua função jurisdicional. Assim, uma vez provocado, o Poder Judiciário tem o dever institucional de construir uma norma jurídica aplicável, ainda que não exista texto jurídico-normativo enunciado pelo legislador. Todavia, a corrente que defende a separação das funções do Estado, alega que o juiz não pode legislar, mas apenas declarar a mora do legislativo em produzir um enunciado acerca da dinâmica social, sendo que a criação de uma solução sem base normativa constituiria invasão de competência de outro poder e, conseqüentemente, quebra da harmonia das funções do Estado.

Uma segunda corrente, derivada de argumentos pós-positivistas, defende que o sistema do direito positivo, tal qual concebido a partir da teoria Kelseniana, não mais atende as necessidades da aplicação do direito no sentido da realização dos valores da ordem jurídica, principalmente no que tange à efetivação dos direitos sociais. Por esta razão, propugnam os defensores deste pensamento que na ausência ou inconformidade da norma com os princípios, o juiz deveria aplicar os princípios jurídicos de ordem constitucional, em

detrimento da normatividade do sistema, principalmente quando a normatividade impede ou reduz a efetividade do exercício de direitos no plano social. A crítica que se faz a esta corrente é que os princípios também integram a ordem jurídica, da mesma forma que os enunciados normativos, formando um conjunto harmonioso. Desta forma, os princípios “*são pautas de aplicação do direito de que o juiz pode se valer única e exclusivamente no momento da norma de decisão*” (GRAU, 2014, p. 23), significando dizer que na motivação da decisão, o juiz deve ponderar os enunciados dos textos jurídico-normativos com os princípios informadores do sistema, integrando princípios e enunciados, não excluindo um em detrimento do outro.

Vale transcrever a crítica de GRAU (2014, p. 22):

*“A partir da segunda metade dos anos 1980, desde leituras de Dworkin, passamos a ser vítimas dos princípios e dos valores.*

*Instalou-se um grande debate: princípio é norma jurídica? Passamos a matraquear a afirmação de que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, sem nos darmos conta de que, sendo assim, princípio não é norma...*

*Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de ‘princípios’ e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.*

*Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor -, a segurança jurídica estará sendo despedaçada!”*

Também influenciada pelos argumentos pós-positivistas, uma terceira corrente vem percorrendo o campo doutrinário, defendendo a ideia do *ativismo judicial*, onde se propugna uma postura proativa do Poder Judiciário, no sentido de interferir significativamente nas opções políticas dos demais poderes, principalmente na existência dos casos difíceis, agindo como um “*delegado do poder legislativo*” (DWORKIN, 2014, p. 128).

Para os defensores do ativismo judicial, o estereótipo do juiz tradicional está superado, devendo o magistrado tomar decisões levando em conta não apenas a legislação vigente, mas também outros fatores, tais como os culturais, econômicos, sociais e políticos. Para justificar o ativismo judicial em circunstâncias excepcionais, Ronald Dworkin destacou dois argumentos: os argumentos de *princípio* e os argumentos de *política* (DWORKIN, 2014, p. 129). Tais argumentos sempre justificariam uma decisão política do magistrado, sendo que os argumentos de princípio “*justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo*” e os argumentos de política

*“justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”* (ob. Cit. p. 129).

Justificando o ativismo judicial como circunstância excepcional, dentro do sistema da *common law*, pondera DWORKIN (2014, p. 128):

*“As leis e as regras do direito costumeiro (common law) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplica-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante de um problema”.*

A teoria do ativismo judicial recebeu muitas críticas, sendo que a mais severa decorre da corrente doutrinária que afirma a separação das funções do Estado. Como já vimos anteriormente, para os defensores desta posição, seria inconcebível a substituição do legislador pelo juiz – conforme a proposta de Dworkin – ainda que em circunstâncias extremas. Argumentam os críticos que nesta postura o juiz assumiria uma função incompatível com seus deveres institucionais, invadindo competência privativa do legislativo. Julgar sem texto preexistente não se coadunaria com a necessária separação das funções do poder, pois outorgaria ao magistrado uma função secundária, que seria corrigir as deficiências do sistema jurídico que o Poder Legislativo, dada a morosa dialética em seu processo interno de produção das leis, não conseguiria evitar.

O próprio DWORKIN reconhece que a postura de um juiz legislador recebe objeções, demonstrando sinteticamente (2014, p. 132):

*“A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato”.*

Entre nós, expondo sua crítica à circunstância de um juiz legislador, com a clareza que lhe é peculiar lecionou VILANOVA (2003, p. 355):

*“E como se não pudesse descair os braços, num gesto vencido de impotência de julgar, ou criaria, ele julgador, a regra genérica em cuja órbita incluisse o concreto, ou ajuizaria caso por caso, sem medida geral prévia, enredando-se num casuísmo infundável, porque a vida compõe-se, decompõe-se e recompõe-se em casos ou ocorrências nunca duas exatamente iguais, ou superponíveis pelos mesmo traços.*

*Em ambas as hipóteses, o juiz assumiria posições perigosas, sobreexcedendo, mais ainda, a difícil arte de julgar. Mesmo quando encontra regras objetivas, que as não fez o juiz, medidas certas e determinadas de distribuir o justo, ainda assim, com setas indicadoras que apontam o caminho da verdade legal, julgar é difícil: não é ato que feito, desfeito está o vínculo com quem o praticou. Não há esse completo desvínculo. Há, sim, um comprometimento da personalidade inteira, de sorte que, julgando o conflito humano, não lava as mãos o juiz, nem se desveste de seu hábito simbólico, como se cumprisse mera tarefa manual.*

*Pois bem. Sem o agente legislativo, o juiz seria legislador, o que lhe daria descomedido poder. Ou julgaria sem norma, o que lhe proporcionaria descomedido arbítrio”.*

Como se verifica, o fundamento basilar do ativismo judicial exige que o juiz em determinadas circunstâncias exerça o papel de legislador. No entanto, como o juiz não representa a sociedade pelo sufrágio universal e a norma geral eventualmente veiculada pela sentença não passaria pela dialética do processo legislativo, argumentam os críticos que não haveria segurança de que a decisão judicial representaria a vontade do Estado, havendo o perigo de representar apenas a manifestação do arbítrio do juiz. A existência da função legislativa, portanto, além de representar a vontade popular, funciona como freio para a atividade judicial, determinando o equilíbrio entre as funções dos poderes do Estado, e ainda, determinando o império da lei enquanto única fonte reguladora das condutas intersubjetivas, dos procedimentos jurídicos e das instituições do Estado. Assim, na ausência de lei, compete ao juiz integrar a lacuna pelos meios previstos no próprio ordenamento jurídico, cujo revestimento se dá pelo dogma da completude.

É fato, no entanto, a existência de um componente energético na tese do ativismo judicial, que paradoxalmente também encontra seu fundamento no mesmo Estado Democrático de Direito que pretende coibi-la. Isto porque, após a repressão da ditadura militar que governou o país por tantas décadas, o país experimentou um movimento de efetivação dos direitos e garantias individuais, direitos coletivos, direitos difusos, enfim, a democratização inaugurou a exigência do cumprimento de tais direitos, anteriormente sufocados, restando ao Poder Judiciário a tarefa de sua efetivação no plano social. Este componente energético também é censurado pela crítica ao ativismo judicial, eis que esta demanda pela exigibilidade dos direitos individuais e sociais, de certa forma, tornou a metodologia hermenêutica da decisão – que deveria estar voltada para a compreensão do

fenômeno jurídico no caso concreto – um serviço público para a concretização dos direitos e garantias individuais e dos direitos sociais, na medida em que a lentidão dos Poderes Legislativo e Executivo deixa à míngua os titulares de tais direitos subjetivos. Este aspecto, recebeu as críticas de STRECK (2014, p. 52):

*“Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos ad hoc, a pretexto de estar-se concretizando direitos. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”.*

Assim, vem prevalecendo na doutrina majoritária o entendimento que o Estado Democrático de Direito trouxe autonomia para o Poder Judiciário dentro do exercício de sua função típica, isto é, dizer o direito sem quaisquer intervenções ou interferências externas, por outro lado, não outorgou plena autonomia aos juízes para decidir de acordo com suas próprias convicções, fatores culturais, econômicos, sociais e políticos, mas dentro dos limites objetivos pré-fixados pelos textos jurídico-normativos, conforme o princípio basilar da legalidade que rege o sistema jurídico como um todo. Em outras palavras, prevalece o entendimento de que não há interpretação sem texto, portanto, não haveria como dizer o direito sem direito a dizer. Recorde-se o que diz MACHADO (2011, p. 113):

*“A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derrogariam todas as regras do sistema que promovem autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios evita que haja arbitrariedade”.*

Os perigos alertados por VILANOVA (2003, p. 355), quanto a postura do juiz agir como legislador, a saber, com excesso de poder ou com excesso de arbítrio, levaria à presunção de que ainda que a decisão judicial demonstre um bem feito ao indivíduo ou à sociedade, a decisão seria sempre arbitrária, pois se criariam regras depois do começo do jogo, retroagindo seus efeitos para aplicá-las em favor de uma das partes, desprezando assim a necessária segurança que se espera do sistema jurídico. Ademais, a crítica recorda que o Estado, normalmente polo passivo nas demandas constitutivas pelos casos difíceis – onde em sua maior parte se reclama a efetividade de direitos sociais – também é parte na relação jurídica processual, e enquanto parte gozaria da mesma proteção do Estado Democrático de

Direito, o que lhe autorizaria a invocar a garantia constitucional que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Para além disso, os críticos do ativismo judicial demonstram que a postura ativa do juiz na construção de uma norma geral, realizada a partir da inexistência de um texto jurídico-normativo, em princípio conferiria direitos à uma parte que não os teria na ausência da decisão judicial, mas tal circunstancia equivaleria ao lobo em pele de cordeiro, vez que para se tentar atingir a justiça e a realização de valores, se corromperia um dos valores mais sagrados da judicatura, ou seja, a necessária imparcialidade do juiz frente não só às partes, mas também aos clamores individuais e sociais, em cujo afastamento o juiz garantiria uma decisão realmente justa, assim entendida *conforme o Direito*. Por não sofrer interferências da opinião pública, das partes, ou ainda, de terceiros, o juiz estaria legitimado para produzir a compreensão do texto jurídico-normativo, conferindo a melhor solução ao caso dentro das regras pré-estabelecidas e, não havendo tais regras, solucionar a questão através da integração do direito através da analogia, dos princípios gerais do direito, dos costumes etc., sempre levando em consideração uma perspectiva objetiva e não um argumento de caráter político. Desta forma, fazendo o papel de legislador, o juiz estaria ferindo não somente a imparcialidade de sua investidura, mas também abrindo espaço para outras violações, tais como a violação da isonomia, por conferir através da postura ativa direitos à uns em detrimento de outros, que talvez por demandarem diante de juízes que planteiem seus julgamentos a partir dos textos jurídico-normativos, não obterão a mesma tutela jurisdicional, conforme nos adverte MACHADO (2011, p. 157):

*“As decisões judiciais difíceis, envolvendo direitos sociais que geralmente implicam implementação de políticas públicas, não podem ser concretizadas pela via judicial, sob pena de se romper com o princípio da igualdade, que é fundamental, uma vez que, ao se atribuir a um único indivíduo direitos sociais que os demais não gozarão, o princípio da universalidade estará comprometido”.*

Por último, alegam os críticos que uma vez regulada a conduta pelo poder legítimo (o legislador), a decisão conduzida pelo ativismo judicial poderia criar inconsistências na tradição, uma vez que o texto jurídico-normativo enunciado poderá discorrer sobre a matéria de forma absolutamente distinta do discurso da decisão judicial. É por esta razão que se atribuiu ao legislador, em seu espaço amplamente dialético, a tarefa da enunciação da lei, cujo discurso é proferido após os necessários debates que levam em conta uma coletividade de indivíduos, e não um único ser, como ocorre quando o juiz lança-se à tarefa de regular

condutas através da postura ativa na motivação da decisão. Por tal razão o positivismo jurídico ganhou força ao longo de sua trajetória, justamente por atribuir completude ao ordenamento jurídico, e assim, também, segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Este dogma da completude, por si só, já afastaria uma postura ativa do magistrado, pois em um ordenamento completo, o próprio sistema determinaria a forma de integração de eventuais lacunas, não se abrindo espaço para que o juiz pudesse empreender incursões fora do sistema positivado.

#### 4.2.3. *Solução dos casos difíceis.*

Em que pese as três correntes suscitadas apresentarem argumentos favoráveis ou contrários a motivação política da decisão, é fato que nos casos difíceis uma decisão haverá de ser proferida pelo magistrado, uma vez que não pode se esquivar do papel de decidir o caso difícil. Repise-se, diante do arcabouço lógico do direito positivo, de um lado não é lícito aos juízes – sob pena de violação do princípio da separação das funções do Estado – produzir normas gerais, constituindo hipóteses normativas e a elas atribuindo consequências jurídicas. Esta tarefa institucional efetivamente foi reservada constitucionalmente ao Poder Legislativo, que detém salvo as exceções previstas no sistema, o monopólio da produção da lei. De outro lado, porém, os juízes estão obrigados a decidir os casos difíceis, assim entendidos aqueles em que justamente se veicula através da decisão uma norma geral, embora concreta, que constitui uma hipótese normativa para o caso *sub judice* e consequências jurídicas aplicáveis. Trata-se de um paradoxo, cuja solução não é possível ser dada pelo direito positivo, mas sim pelo bom-senso, e ao nosso ver, por uma correta hermenêutica do “*ser-juiz*” enquanto *ser-nomundo*, assim como uma correta compreensão das estruturas de poder que revestem a sua investidura, e ainda, pela compreensão de que as relações de poder historicamente dadas, em seu arcabouço político, econômico e social, formam as estruturas prévias da compreensão, e o juiz enquanto *ser no tempo*, dialoga com as relações de poder vigentes em seu tempo.

Pensamos que para compreender a motivação das decisões nos casos difíceis, antes de mais nada é preciso compreender o que são os casos difíceis através de sua *oposição* semântica (cf. item 1.1. do Capítulo II) com os demais casos. A existência de *casos difíceis* é uma oposição semântica ao que podemos denominar como *casos comuns* ou *ordinários*, os quais naturalmente se enquadram em uma moldura prescrita no texto jurídico-normativo. Com efeito, a tarefa do juiz, dentro da metodologia hermenêutica nos casos comuns é compreender o caso concreto dentro da perspectiva do horizonte de um texto jurídico-

normativo, de modo que a atividade interpretativa leva o juiz a construir o sentido, fundindo a linguagem dele juiz com a linguagem do texto, dentro de um contexto de fato historicamente dado por eventos, pessoas, provas, causas e efeitos.

Vale dizer, nesta modalidade dos casos comuns, através da motivação da decisão, o juiz realiza a aplicação de uma norma individual e concreta – uma mensagem deôntica, comunicando uma decisão às partes da relação jurídica processual – sem que esta enunciação se confunda com a enunciação do texto normativo, mas revelando um ato de compreensão e aplicação do direito, essencialmente circunstancial, vez que o juiz no ato de interpretação sucumbe ao contexto e a situação em que está posto no mundo circundante. Assim, para estes casos comuns, a motivação é uma segunda enunciação, já que a primeira foi objeto do discurso produzido pelo legislador.

Esta segunda enunciação, realizada pelo juiz através do discurso motivacional, configura tão somente – como disse FOUCAULT (2013, p. 24) – *um discurso acerca de um discurso primeiro*, uma produção criativa que não pode, todavia, desbordar do sentido da compreensão desejada pelo legislador. Vale dizer, o juiz é um aplicador da lei, e este ato de aplicação pela motivação é uma manifestação acerca de um discurso primário. Desta forma, nos casos comuns, a tarefa de compreensão e aplicação, apesar de circunstancial e criativa da norma jurídica para o caso concreto, deriva do que o texto *tem a dizer*.

Seguindo esta linha de raciocínio para os casos comuns, verifica-se que a construção teórica do Estado Democrático de Direito traz um limite para o juiz no sistema comunicacional do direito: *compreender e aplicar o texto*. Não seria, nesta construção teórica, facultado ao juiz, uma vez que a função típica do Poder Judiciário é dizer o direito, dizer direito novo que não encontra horizonte em um discurso precedente, eminentemente legislativo, ou ainda em um discurso proveniente dos costumes jurídicos.

Todavia, decorre da oposição semântica que os *casos comuns* são os casos habituais, que constituem a regra cotidiana da aplicação do direito pelos juízes, enquanto os *casos difíceis* são a exceção da regra, que também poderíamos designar de *incomuns*. Portanto, tratando-se de uma exceção, não há como a construção lógico-semântica da norma jurídica obedecer às mesmas construções realizadas pelo juiz nos casos comuns, pois nos *casos difíceis* o discurso da motivação da decisão é primário e especial. Ainda que proferido por quem não tenha competência legislativa, está implícito nos controles internos do discurso que o enunciador detém as qualificações para proferi-lo, conforme aludiu FOUCAULT (2013, p. 34) ao analisar o controle dos discursos:

*“Desta vez, não se trata de dominar os poderes que eles têm, nem de conjurar os acasos de sua aparição; trata-se de determinar as condições de seu funcionamento, de impor aos indivíduos que os pronunciam certo número de regras e assim de não permitir que todo mundo tenha acesso a eles. Rarefação, desta vez, dos sujeitos que falam; ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfizer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo. Mais precisamente: nem todas as regiões do discurso são igualmente abertas e penetráveis; algumas são altamente proibidas (diferenciadas e diferenciantes), enquanto outras parecem quase abertas a todos os ventos e prosas, sem restrição prévia, à disposição de cada sujeito que fala”.*

Vale dizer, na motivação da decisão nos casos difíceis, o juiz representa o próprio Estado: logo é titular de poder. Sendo, portanto, a voz do Estado na motivação da decisão, compete a ele dirimir os conflitos existentes conforme a linguagem do seu tempo, linguagem essa que emana do poder enquanto entidade una e indivisível, conforme leciona VILANOVA (2003, p. 356), apesar de sua crítica ao juiz legislador:

*“Mas, no final de tudo, na lei, no ato administrativo, na sentença (ato culminante do julgamento), é um só protagonista que se exprime numa só linguagem, a diferença provindo nos atos unicamente no modo de relacionamento desse personagem com o seu mundo, que é o mundo social e o mundo físico entrando pelas perspectivas do social. E o social, penetrando pela ótica da politização, ou da comunidade como Polis, ou digamos, na forma de Estado.*

*Quando o juiz julga, quando o tribunal sentencia, unipessoal ali, pluripessoal aqui, o julgador, em rigor, é o Estado, ou para indicar a comunidade-Estado que emite o julgamento. A personalidade do Estado absorve a pessoalidade que vincula inquebrantavelmente o ato ao seu emitente. A sentença desprende-se de seu julgador, no que tem ele de individualíssimo sujeito, comprometido existencialmente aqui e agora, no contexto familiar, no contexto grupal, na ambiência de conceitos e desconceitos, de ideais, de ideologias que se não condensam, é certo, em grupos, mas representam espessa e compacta capa de convicções que se espalham por todos os indivíduos”.*

Portanto, sendo a voz do Estado, exercendo a titularidade do poder e qualificado para exercê-lo na ordem do discurso, o juiz, salvo melhor juízo, não legisla, mas decide o conflito, ainda que para isso a motivação da decisão tenha que elaborar discurso novo. No entanto, ainda que inove a ordem do discurso para decidir o conflito, o juiz não o faz de acordo com o seu próprio arbítrio, como temem os críticos do ativismo judicial, mas de acordo com as regras do discurso *ritual*, conforme bem observado por FOUCAULT (2013, p. 36):

*“A forma mais superficial e mais visível desses sistemas de restrição é constituída pelo que se pode agrupar sob o nome de ritual; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada*

*posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte, políticos, não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos”.*

Vale dizer, não há absoluta liberdade para o juiz determinar uma norma geral aplicável. Ainda que ausente texto jurídico-normativo enunciando uma moldura da hipótese configurada no caso difícil, o discurso jurídico preestabelece o ritual enquanto parâmetro a ser sempre observado pelo juiz na construção da norma concreta de decisão.

Ademais, não podemos nos esquecer que o juiz enquanto intérprete é *ser-no-mundo*. Conforme anteriormente trabalhamos, na concepção de Heidegger, o juiz é também um *ser no tempo*. Talvez a maior contribuição de Heidegger para a compreensão do fenômeno hermenêutico é justamente nos dizer que as estruturas prévias da compreensão são apreendidas tão somente no tempo em que se dá a nossa existência. Ora, tais estruturas condicionam o juiz a um agir conforme as exigências de seu tempo. Da mesma forma como compreende tais estruturas prévias, o juiz compreende o mundo enquanto ser nele posto. Desta forma, a submissão de um caso judicial não amparado por texto jurídico-normativo se dá em um contexto historicamente dado por relações de poder, engendradas em relações jurídicas, econômicas, políticas e sociais, cuja textura forma uma realidade da qual o juiz é parte indissociável, posto que está imerso na linguagem deste tecido social em permanente conflito. Existindo enquanto *ser-no-mundo*, os conflitos deste mundo em que o juiz está inserido em dado tempo, também fazem parte dos conflitos dele juiz. A ausência de normatividade pela inexistência de discurso do legislador também é um dado da mesma realidade em que o juiz está inserido, de modo que o juiz compreende a inexistência de normatização, seja pela ineficiência do processo legislativo regulador, seja pela ausência de vontade política. E ao proferir a decisão no caso difícil, o faz de acordo com as exigências do caso concreto em consonância com a realidade circundante em dado momento histórico.

Acerca da historicidade em que o *ser-no-mundo* está inserido, leciona HEIDEGGER (2006, p. 480):

*“Numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, a presença se compreende a partir do que vem ao encontro no mundo circundante e daquilo de que se ocupa numa circunvisão. Este compreender não é um mero registro de si, que apenas acompanharia todos os comportamentos da presença. Compreender significa projetar-se em cada possibilidade de ser-no-mundo, isto é, existir como essa possibilidade. Assim, compreender enquanto compreensibilidade também constitui a existência imprópria do*

*impessoal. Numa convivência pública, o que vem ao encontro da ocupação cotidiana não é apenas o instrumento e a obra, mas também aquilo que com eles se 'dá': os 'negócios', empreendimentos, incidentes, acidentes. O 'mundo' é, ao mesmo tempo, solo e palco, pertencendo, como tal, à ação e à transformação cotidianas".*

Portanto, enquanto *ser-no-mundo*, o juiz compreende porque existe enquanto possibilidade, vale afirmar, está no mundo circundante, dele faz parte, e sobre ele se projeta em suas decisões. Essa compreensão do mundo e das relações existentes por si já afasta o risco de uma decisão arbitrária, pois não há espaço para o arbítrio dentro de um contexto histórico democrático. Ainda que inexistente a norma, a segurança jurídica não é ameaçada nos casos difíceis, pois quando o juiz decide, sempre o faz em parâmetros de razoabilidade, que por sua vez são inerentes às estruturas prévias da compreensão. Caso venha agir de outra forma, ou seja, criando regras fora da razoabilidade, de acordo com suas próprias convicções, contrárias ao bom-senso, e as aplicando, estaríamos frente a um juiz fora de si, ou seja, um ditador, cuja sentença certamente seria rechaçada pelas instâncias superiores do discurso.

Por último, para aprofundar um pouco mais o tema, vale trazer à colação o pensamento de dois autores acerca da *decisão política*, que se aplica às decisões de um modo geral, mas com mais peculiaridade nos casos difíceis. De um lado, Hans Kelsen, no aspecto do direito positivo, e Michel Foucault, no aspecto de uma filosofia acerca das relações do poder.

Para Kelsen, a decisão, seja em um *caso comum* ou um *caso difícil*<sup>2</sup>, sempre envolve uma escolha dentro de possibilidades. Com efeito, ao interpretar, o juiz sempre faz escolhas dentro de uma moldura possível, ou ainda, não existindo moldura, o juiz “fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador” (KELSEN, 1976, p. 342). Todavia, sendo um ato de vontade a escolha é sempre arbitrária, conseqüentemente, é uma decisão política. A teor, lecionou o Mestre de Viena (1976, p. 470):

*“Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este acto, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um acto de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.*

---

<sup>2</sup> A nomenclatura não é utilizada por Kelsen. Para fins de oposição semântica aos casos difíceis, utilizamos a nomenclatura neste trabalho para auxiliar a compreensão do fenômeno contrapondo ao que denominou-se casos comuns.

*Através deste acto de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”.*

Não há dúvida, como se verifica, que sendo o juiz titular de poder, é inerente à sua função jurisdicional a motivação política da decisão, se não na solução dos casos difíceis, ao menos nas escolhas que lhe são peculiares nos casos comuns. Raramente o juiz se verá diante da necessidade de produzir discurso primário, todavia, quando é convocado para julgar na ausência de texto jurídico-normativo, sempre o faz a partir da perspectiva da razoabilidade do ordenamento jurídico. A perspectiva de julgar a partir do ordenamento jurídico enquanto um sistema naturalmente induz a motivação da decisão judicial para a linguagem do discurso ritual do poder em que está investido, linguagem essa que predetermina as formas jurídicas e os seus conteúdos, reduzindo, senão anulando, a liberdade criativa do juiz de discurso novo, mas vinculando a solução dentro da perspectiva linguística do ordenamento.

E é neste particular que entra o pensamento de Michel Foucault, que revela a constância e intensidade da pressão das relações do poder sobre a produção do discurso. O brilhante filósofo, ao longo de sua docência, ministrou aulas no *Côllege de France*, das quais destaca-se para o tema a aula proferida em 14 de Janeiro de 1976, que assim enunciou:

*“Quero dizer o seguinte: numa sociedade como a nossa – mas afinal de contas, em qualquer sociedade – múltiplas relações de poder perpassam, caracterizam, constituem o corpo social; elas não podem dissociar-se, nem estabelecer-se, nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação, um funcionamento do discurso verdadeiro. Não há exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcionam nesse poder, a partir e através dele. Somos submetidos pelo poder a produção da verdade e só podemos exercer o poder mediante a produção da verdade. Isso é verdadeiro em toda sociedade, mas acho que na nossa essa relação entre poder, direito e verdade se organiza de um modo muito particular. Para assinalar simplesmente, não o próprio mecanismo da relação entre poder, direito e verdade, mas a intensidade da relação e sua constância, digamos isto: somos forjados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar; temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la. O poder não para de questionar, de nos questionar; não para de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas, e temos de produzir a verdade para poder produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto, regras de direito,*

*mecanismos de poder, efeitos de verdade. Ou ainda: regras de poder e poder dos discursos verdadeiros” (FOUCAULT, 2005, p. 28).*

No pensamento foucaultiano acerca da produção do discurso, é evidente a submissão do enunciador às relações de poder presentes no corpo social, a exemplo das relações políticas, econômicas, religiosas, raciais, sexuais etc. Tais relações que perpassam o tecido social exercem de tal modo pressão e controle sobre a enunciação do discurso, e sobre ele exercem tal dominação, que o juiz na construção lógico-semântica da norma aplicável o caso difícil, assim como ao caso comum, não se desvia do *modus operandi* da produção do discurso derivado das relações de poder presentes no corpo social. A teor lecionou FOUCAULT (2005, p. 28):

*“Eu tentei fazer o inverso, ou seja, deixar, ao contrário, valer como um fato, tanto em seu segredo como em sua brutalidade, a dominação, e depois mostrar, a partir daí, não só como o direito é, de uma maneira geral, o instrumento dessa dominação – isso é óbvio – mas também como, até onde e sob que forma, o direito (e quando digo o direito, não penso somente na lei, mas no conjunto dos aparelhos, instituições, regulamentos, que aplicam o direito) veicula e aplica relações de dominação. E, com dominação, não quero dizer o fato maciço de ‘uma’ dominação global de uns sobre os outros, ou de um grupo sobre o outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer no interior da sociedade: não, portanto, o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas, não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorreram e funcionam no interior do corpo social. O sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos”.*

Assim, por uma análise combinatória da teoria da decisão política derivada das escolhas realizadas pelo juiz quanto às molduras normativas – presente no pensamento kelseniano – com a dominação da produção do discurso oriunda das relações do poder – presente no pensamento foucaultiano – resta evidente que diante de um *caso difícil*, onde não há texto jurídico-normativo preexistente, o juiz não escapa da necessária decisão política. Isto porque na aplicação do direito, o juiz é o representante da vontade do Estado, e ainda que não amparado em molduras previamente determinadas pelo ordenamento jurídico, o próprio ordenamento jurídico o legitima para decidir dentro da razoabilidade do sistema. Por outro lado, a decisão judicial sempre estará orientada por jogos de poder necessários para a preservação da ordem do discurso, presente nas relações de sujeição existentes no corpo social, tornando a decisão de certa forma previsível, pois há uma constante e intensa pressão das relações de poder em relação aos indivíduos da sociedade (no qual se insere o juiz), sujeitando-os, em uma prática de dominação do discurso jurídico.

Ao final, a questão lançada no campo da doutrina quanto ao *juiz legislador* e ao *ativismo judicial* torna-se desnecessária no âmbito da prática jurídica, em primeiro lugar porque o juiz é convocado para decidir – e não pode ser esquivar de decidir; em segundo lugar, porque o juiz é parte da realidade enquanto *ser-no-mundo*, não podendo se desviar das exigências de seu tempo; em terceiro, parece não haver espaço no discurso jurídico para que o juiz exerça atividade puramente inovadora, como se pudesse criar conteúdo jurídico fora da razoabilidade, eis que o juiz é a voz do Estado, e nessa qualidade representa os interesses e as exigências do bem comum; por fim, em quarto lugar, o discurso das relações de poder existentes no corpo social pressiona a motivação da decisão judicial para o sentido de reafirmar as relações de poder existentes, o que torna a decisão previsível, posto que são as relações de poder que dominam a ordem do discurso, não o juiz na enunciação da decisão.

### ***5. Motivação enquanto construção do saber jurídico na experiência***

A experiência jurídica é essencialmente hermenêutica.

Por sua vez, a hermenêutica é essencialmente aplicação, um desvelar das estruturas formais do direito para encontrar no âmbito do texto a interpretação construtiva de uma norma jurídica. Trata-se de ato criativo do intérprete, de um saber que não decorre da teoria, mas de uma aproximação simultânea da teoria com a prática, contato esse que se faz, no âmbito das decisões judiciais, através da motivação da decisão enquanto a metodologia hermenêutica concreta.

Em nossa opinião – que merece maior reflexão da comunidade científica – constitui a motivação da decisão judicial a mais clara expressão da construção do saber jurídico, eis que se trata de um conhecimento essencialmente experimental, no âmbito de realidades existenciais que une texto aos fatos da vida. Tal circunstância, por sua vez, nos leva a questionar como este processo de construção do saber jurídico na experiência, puramente hermenêutico, raramente é objeto de uma disciplina acadêmica, ou mesmo é objeto de estudo específico das cadeiras ordinárias do curso jurídico. Sabe-se que nem todos os acadêmicos serão juizes, todavia todos haverão de interpretar os textos do direito positivo, daí porque uma disciplina voltada especificamente para a hermenêutica jurídica é, ao nosso ver, fundamental.

As diretrizes curriculares do curso de graduação em direito, regulamentada pela Resolução CNE/CES nº 09, de 29 de Setembro de 2004, no seu art. 2º, § 1º, inciso V, prevê como elemento estrutural e componente obrigatório do curso, os modos de integração entre teoria e prática. Por sua vez, o art. 4º, determina que a formação profissional deve se

constituir, entre as habilidades e competências, da interpretação e aplicação do direito, além do julgamento e tomada de decisões e do domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do direito.

Por sua vez, a mesma Resolução, ao tratar do Projeto Pedagógico e da Organização Curricular (art. 5º), estabelece três eixos de conteúdo e atividades, sendo que o primeiro eixo, voltado para integrar o estudante no campo, visa estabelecer as relações do direito com outras áreas do saber, de modo que os conteúdos devem envolver as relações com a Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia; o segundo eixo, devendo abranger o enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, estudados sistematicamente de acordo com a evolução da Ciência do Direito, sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil, bem como suas relações internacionais, estabelece os conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; por fim, o terceiro eixo, voltado para a formação prática, tem por finalidade a integração entre a prática e os conteúdos teóricos, estabelecendo as atividades do estágio curricular supervisionado, o trabalho de conclusão de curso e atividades complementares.

Todavia, aos nos lançarmos à observação de como as disciplinadas ocupam a matriz curricular, é notório que se deu maior significância para o ensino da dogmática jurídica, por uma razão até mercadológica, uma vez que o ingresso nas carreiras jurídicas exige que o futuro profissional conheça a lei. As provas objetivas de concursos públicos e seletivas do exame de ordem, demonstram claramente que é na dogmática jurídica que se fundamentam as exigências de conhecimento.

Com efeito, lançando-se olhar às provas seletivas, a exemplo da prova objetiva do 185º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, das cem questões objetivas, todas referem-se ao conteúdo programático de conhecimentos específicos das disciplinas dogmáticas. Esta circunstância também se repete no 15º Concurso de Ingresso ao cargo de Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em que a totalidade das questões dispõem sobre conteúdo de disciplinas dogmáticas. Por sua vez, o XIV Exame da Ordem dos Advogado do Brasil, além de questões de disciplinas dogmáticas, traz questões relacionadas a ética (voltada ao exercício da profissão) e a filosofia. Todos os exames consultados foram realizados no exercício de 2014, portanto, são historicamente recentes.

Não se olvida que o candidato é instado ao raciocínio hermenêutico para a solução das referidas provas objetivas, cujas questões o submetem a exaustivo processo de geração de

sentido da mensagem do examinador formulada na questão. Para compreender as questões, o conhecimento das disciplinas dogmáticas é essencial, pois a compreensão só é possível mediante a aplicação da linguagem em que o intérprete está inserido. No entanto, o que se indaga é se o candidato se encontra habilitado a realizar o referido percurso gerativo de sentido, posto que nos bancos acadêmicos, na maior parte do tempo, submeteu-se a uma metodologia que levou em consideração tão somente transmitir conteúdo, e não produzir reflexões críticas acerca dos textos jurídico-normativos, bem como a compreensão dos textos no horizonte dos fatos da vida.

Retomando a matriz curricular dos cursos de direito, através de uma metodologia estatística por amostragem, selecionamos 120 (cento e vinte) cursos jurídicos, divididos nos 26 (vinte e seis) Estados da Federação, conforme tabela (Anexo I). A seleção foi aleatória, mediante a utilização de mecanismo de busca na Internet, sendo utilizado os mecanismos *Google* e *Yahoo*. O critério de pesquisa em palavras-chave foi utilizado “faculdade direito” adicionada do nome do Estado. Tomou-se por referência os primeiros cursos mencionados pelo mecanismo de busca, excluindo-se as indicações decorrentes de anúncios pagos. Através da matriz curricular divulgada pelas instituições em seus respectivos sítios na Internet, foram tabulados dados sobre a existência de disciplinas específicas de *hermenêutica* e *lógica jurídica*, obtendo-se os seguintes resultados:

<b>Das 120 Faculdades Pesquisadas no País</b>	
Oferecem a Disciplina <i>Hermenêutica</i>	55,83%
Oferecem a Disciplina <i>Lógica Jurídica</i>	13,33%
Não oferecem nenhuma das duas opções	38,33%
Oferecem as duas opções	7,50%

Dados Regionais comparado com o número nacional	Hermenêutica	Lógica	02 Opções	Nenhuma Opção
Região Norte	9,17%	3,33%	0,83%	10,83%
Região Nordeste	27,5%	3,33%	2,5%	7,5%
Região Centro-Oeste	5,83%	2,5%	2,5%	6,67%
Região Sudeste	5%	2,5%	0,83%	10%
Região Sul	8,33%	1,67%	0,83%	3,33%

Pelos dados tabulados na pesquisa, verifica-se que pouco mais de metade do universo pesquisado oferece a disciplina *hermenêutica jurídica* aos seus alunos. E são muito próximos os dados que revelam que as instituições que oferecem a disciplina de *lógica jurídica* também oferecem a disciplina de *hermenêutica*, posto que apenas 5,83% dos cursos pesquisados que oferecem a disciplina de *lógica jurídica* não oferecem a disciplina de *hermenêutica jurídica*.

Um comparativo regional revela que a Região Nordeste é que dá maior significância ao curso de *hermenêutica jurídica* na matriz curricular (27,6%), seguindo-se a Região Norte (9,17%) e a Região Sul (8,33%). As regiões Sudeste e Centro-Oeste matematicamente se equiparam.

Muito embora pela amostragem aleatória nossa casa não tenha sido indicada para pesquisa, a UNIVEM não possui em sua matriz curricular uma disciplina independente acerca da hermenêutica, portanto, é de se inferir que o conteúdo da hermenêutica seja dado em outras disciplinas propedêuticas nesta Instituição.

Como se pode verificar pelos dados tabulados, a número de matrizes curriculares que adotam a disciplina hermenêutica é inferior ao desejável diante dos incontáveis benefícios que produz para a construção do saber jurídico, em todas as subáreas do direito, mormente quando vivemos tempos em que se exige cada vez mais do intérprete que se lance sobre temas profundos, oriundos de uma dinâmica social acelerada pelos processos da informação.

Como trabalhamos ao longo deste estudo, nos parece que a construção da norma jurídica, através da interpretação do texto-jurídico normativo na decisão judicial, é um bom caminho para se construir o saber na experiência prática e que poderia ser trazido para a sala de aula, demonstrando ao aluno como o juiz construiu a norma jurídica individual e concreta em dado caso. A análise reiterada de como as decisões são motivadas, individualmente ou através de dinâmicas de grupo, auxiliaria o estudante a compreender o processo de geração de sentido, concedendo-lhe ferramentas de raciocínio lógico-semântico que lhe serão exigidas na vida profissional.

Se a experiência jurídica é hermenêutica, e se a decisão judicial é a melhor expressão da manifestação do direito na experiência, o estudo da hermenêutica deveria compreender o estudo da decisão judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do denominado giro ontológico-linguístico, decorrente do pensamento de Heidegger e Gadamer, paulatinamente se assentou no campo filosófico uma hermenêutica voltada para a compreensão do texto pautada no fato que a *compreensão é aplicar* o texto, conceitos que não se dissociam, não podendo, portanto, haver cisão entre o ato de decisão do juiz e o ato da motivação da decisão no plano do discurso.

A compreensão, enquanto fusão do horizonte do texto com o horizonte ampliado do intérprete, é possível porque a linguagem do texto é a mesma linguagem em que o intérprete se projeta na tradição. Deste modo, texto e intérprete fazem parte da linguagem, posto que enquanto *ser-no-mundo (Dasein)*, o intérprete foi jogado na linguagem e compreende esta linguagem pois ela é parte de si mesmo.

Assim, o percurso gerativo de sentido que se dá no nível do discurso da motivação da decisão judicial, é a narrativa da compreensão/aplicação do texto, em outras palavras, a explicitação através da construção linguística do desenvolvimento do raciocínio lógico-semântico da construção da norma jurídica pelo juiz.

Enquanto a decisão é a compreensão/aplicação em si mesma considerada a partir do texto jurídico-normativo, a motivação da decisão enquanto metodologia hermenêutico-constitucional, é o relato de como se construiu a compreensão. Vale dizer, a decisão é o ato de conhecimento, enquanto a motivação é a forma de explicar esse ato de conhecimento para a comunidade do discurso.

O processo hermenêutico é desenvolvido a partir dos enunciados do direito positivo, assim compreendido enquanto o discurso elaborado pelo legislador, que uma vez transferido para o plano da manifestação, forma o texto. O texto, por sua vez, detém em si as marcas semânticas da enunciação, de modo que há presente no texto um sentido antecipado. Para a teoria do discurso, tratam-se das marcas da enunciação, enquanto que para a hermenêutica filosófica, o sentido antecipado é formado a partir da tradição, ou seja, das estruturas prévias da compreensão que herdamos na linguagem através dos preconceitos.

Deste modo, os textos jurídico-normativos estão carregados de significações.

Cabe ao intérprete, mediante os dados da realidade existencial pautados no contexto e na situação, compreender o texto, vale dizer, dentro de uma fusão do horizonte do texto com o próprio horizonte expandido do intérprete, onde por uma dialética estabelecida por perguntas, se chega ao entendimento correto, justificando os preconceitos legítimos e rechaçando os preconceitos ilegítimos. Esta metodologia, aliada ao percurso gerativo de

sentido no âmbito do discurso, compõe a hermenêutica do texto jurídico-normativo, cujo objetivo é compreender o sentido do texto dentro de uma situação existencial, eliminando os ruídos da comunicação da mensagem deontica, onde se manifesta a ambiguidade, polissemia, homonímia, sinonímia, antinomias, além de expressões que devem ser compreendidas de acordo com a historicidade do texto.

O discurso da motivação é um discurso secundário acerca de um discurso primário. O juiz, no ato de explicitar as razões de sua decisão, através da técnica do comentário, discorre acerca do discurso primário produzido pelo legislador. O papel da jurisdição é dizer o direito, pressupondo que o direito já existe no tecido do discurso jurídico do direito positivo. Casos haverá, porém, que a motivação da decisão excepcionalmente profere discurso primário, vez que o juiz não encontra nos textos jurídico-normativos uma moldura aplicável, devendo recorrer neste caso ao ordenamento jurídico para uma solução do conflito. Nessas hipóteses, denominadas como *casos difíceis*, o controle da motivação das decisões ocorre pelo controle do próprio discurso das relações de poder que perpassam o corpo social, e que não permitem ao juiz julgar fora da razoabilidade. Todavia, esta circunstância é excepcional, devendo prevalecer para os casos ordinários a condição que compete ao juiz compreender o sentido do discurso do legislativo, e neste ato de compreensão/aplicação dizer a norma jurídica aplicável ao caso concreto.

A compreensão/aplicação do direito ao caso concreto se dá através da fusão de horizontes, ou seja, de um lado o sentido antecipado do texto, e de outro o horizonte expandido do intérprete em uma dada realidade histórica. Como se admite, através da hermenêutica filosófica, há um sentido antecipado no texto, de modo que cabe ao juiz no discurso da motivação reproduzir esse sentido para as circunstâncias da existência, construindo a norma jurídica mediante a compreensão do texto em determinado contexto e situação. A construção da norma jurídica é lógica, porque a organização do pensamento no texto é realizada logicamente, não podendo gerar o sem-sentido, e de outro lado, é semântica, porque se produz a norma atribuindo-se significação as expressões do discurso.

A norma jurídica é entidade do mundo do *dever-ser*, que carrega em seu plano sintático um antecedente e um conseqüente, assim ilustrado em linguagem formalizada:  $H \rightarrow C$ . Este plano sintático admite investimentos semânticos, sendo que no antecedente da norma jurídica há um conteúdo descritivo de uma conduta abstrata, um juízo hipotético-condicional, enquanto que no conseqüente da norma jurídica se estabelece o investimento semântico de um discurso prescritivo de uma obrigação, proibição ou permissão. Assim, mediante a redução eidética, é possível compreender nos textos jurídico-normativos essa

essência normativa enquanto unidade mínima existencial, e dela formular, através da motivação da decisão, a norma jurídica individual e concreta aplicada a cada caso em particular.

O juiz, enquanto ser humano, não está isento das influências que suas convicções morais e pessoais exerçam na compreensão do texto jurídico-normativo, uma vez que as suas convicções são formadas pelos preconceitos a que está sujeito enquanto *ser-no-mundo*. Ao interpretar o direito, o juiz o faz de acordo com a linguagem em que está inserido no mundo, a mesma linguagem que o faz compreender a suas próprias convicções morais e pessoais. No entanto, o juiz não está autorizado a produzir discurso primário dentro de suas convicções pessoais e morais, posto que seu discurso sempre é secundário, uma motivação com base no texto jurídico-normativo. Na ausência deste, ou em hipótese de lacuna, compete ao juiz encontrar uma solução para o caso no texto, seja por analogia, costumes ou princípios gerais do direito, ou recorrer ao poder que exerce enquanto membro do Estado, proferindo discurso primário excepcional, que não pode desbordar do horizonte do ordenamento jurídico, até porque o discurso jurídico é engendrado em meio às relações de poder que são identificadas no corpo social.

A partir do texto jurídico-normativo, conforme a compreensão, o juiz exerce a motivação da decisão, explicitando o conteúdo do conhecimento. Em que pese o sentido antecipado existente no texto, pode-se chegar a versões diferentes da compreensão no plano da motivação das decisões. Vale dizer, a decisão correta é um direito fundamental da pessoa, todavia, conforme uma perspectiva da teoria do discurso, a decisão correta é aquela que resultada do procedimento, do correto percurso gerativo de sentido (consenso), enquanto que na hermenêutica filosófica a decisão correta é aquela que reproduz o que texto tem a dizer (verdade). Para a teoria semiótica, as decisões divergentes seriam produto de interpretantes dinâmicos, enquanto que a uniformização de interpretação de casos semelhantes, pelas Cortes Superiores, daria o interpretante final, que seria a decisão correta. Há que se considerar, todavia, que os textos jurídico-normativos dialogam com circunstâncias da realidade, com contextos e situações, o que faz com que casos semelhantes guardem certa identidade entre si, mas jamais são iguais pois o real é irrepitível. Assim como um rio nunca é o mesmo quando nos banhamos nele pela segunda vez, os casos não são os mesmos, mesmo que derivem do mesmo texto. Cada caso possui circunstâncias pontuais, as quais definem os caminhos da compreensão, da fusão do horizonte do texto com o horizonte do intérprete.

De tal modo que a norma jurídica, enquanto resultado da aplicação, é situacional e irrepitível, sendo realidade concreta e determinada para produção de efeitos no mundo

concreto, entre partes de uma relação jurídica processual. Compete ao juiz, através da clareza das palavras no discurso da motivação da decisão, compreendê-la, aplica-la, enfim, produzi-la para garantir a segurança e a paz.

Por fim, a decisão judicial configura a manifestação do saber jurídico na experiência, de modo que se faz imprescindível na construção do conhecimento pelo estudante de direito, a compreensão de casos concretos, sob a perspectiva da motivação das decisões, dentro de uma disciplina autônoma da hermenêutica enquanto parte da matriz curricular do curso de direito. Esta possibilidade didático-pedagógica, no curto, médio e longo prazo forneceria uma geração de profissionais mais preparados para o desafio de compreender a realidade da experiência jurídica, em sua multiplicidade de relações, principalmente diante do fato inexorável que o texto jurídico-normativo não acompanha a realidade na mesma velocidade, mas é no tecido linguístico do direito positivo que o jurista deve encontrar a solução para as demandas situacionais.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM**, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil, Vol. 02**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ARAÚJO**, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ATALIBA**, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BAKHTIN**, Mikhail Mjkhailovitch. **Estética da Criação Verbal**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BARROS**, Diana Luz Pessoa de. **Teoria do Discurso. Fundamentos Semióticos**. Editora Humanitas FFLCH/USP, 3ª Edição: São Paulo, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Contribuições de Bakhtin às Teorias do Discurso**. In **Bakhtin: dialogismo e construção do sentido**. Brait, Beth (Org.). Editora UNICAMP, 1ª Edição: Campinas, 2005.
- BECLUA**, José Manuel. **Linguística e Significação**. Editora Salvat, 1ª Edição: Rio de Janeiro, 1979.
- BÍBLIA**. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Belo Horizonte: 2012. Edição Atos.
- BOBBIO**, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora UnB, 10ª Edição: Brasília, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao>>. Acesso em: 12 Maio 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas de direito brasileiro)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.
- BRASIL. Lei Federal 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.
- BRASIL. Lei Federal nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976 (Sociedades por ações)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.
- BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de Junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**BRASIL. Lei Federal nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**BRASIL. Lei Federal nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110637.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**BRASIL. Lei Federal 12.845 de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm)>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**BRASIL. Lei Federal 13.105, de 16 de Março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 12 de Maio de 2015.

**CARVALHO, Cristiano. Teoria do Sistema Jurídico. Direito, Economia, Tributação.** Quartier Latin, 1ª Edição: São Paulo, 2005.

**CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário. Linguagem e Métodos.** Editora Noeses, 4ª Edição: São Paulo, 2011.

**CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo.** Malheiros, 26ª Edição: São Paulo, 2010.

**COPI, Irving M. Introdução à Lógica.** Editora Mestre JOURNAL, 2ª Edição: São Paulo, 1978.

**DAMÁSIO, António; DAMÁSIO, Hannah. O cérebro e a linguagem.** Revista Viver Mente & Cérebro. Scientific American. Ano XIII. Nº 143. Dezembro: São Paulo, 2004.

**DE MASI, Domenico. A emoção e a Regra. Os grupos criativos na Europa de 1850 a 1950.** José Olympio Editora, 9ª Edição: Rio de Janeiro, 2007

**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo.** Editora Atlas, 23ª Edição: São Paulo, 2010.

**DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério.** Martins Fontes, 1ª Edição – 3ª Tiragem: São Paulo, 2014.

**FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação.** Editora Atlas, 2ª Edição: São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito, Retórica e Comunicação.** Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. Atlas, 3ª Edição: São Paulo, 2015.

**FIORIN**, José Luiz. **Em busca do sentido. Estudos discursivos.** Editora Contexto, 2ª Edição: São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. **Elementos da Análise do Discurso.** Editora Contexto, 15ª Edição: São Paulo, 2014.

**FLICKINGER**, Hans-Georg. **Gadamer & a Educação.** Editora Autêntica, 1ª Edição: Belo Horizonte, 2014.

**FLUSSER**, Vilém. **Língua e Realidade.** Annablume, 3ª Edição: São Paulo, 2007.

**FOUCAULT**, Michel. **Em defesa da sociedade.** Martins Fontes: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **A ordem do Discurso.** Edições Loyola, 23ª Edição: São Paulo, 2013.

**GADAMER**, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva.** Editora Vozes, 2ª Edição: Petrópolis, RJ, 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método I. Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Editora Vozes, 14ª Edição: Petrópolis, RJ, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II. Complementos e Índice.** Editora Vozes, 6ª Edição: Petrópolis, RJ, 2011.

**GIACÓIA JR.**, Osvaldo. **Heidegger Urgente. Introdução a um novo pensar.** Três Estrelas, 1ª Edição: São Paulo, 2013.

**GRAU**, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** Malheiros, 9ª Edição: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** Malheiros, 6ª Edição: São Paulo, 2014.

**GUERVÓS**, Luis Henrique de Santiago. **Hans-Georg Gadamer y la Hermenêutica en el siglo XX.** Kindle Amazon, versão e-book, 2013 (visualização em formato iPad).

**HEIDEGGER**, Martin. **Ser e Tempo.** Editora Vozes, 7ª Edição: Petrópolis, RJ, 2012.

**HEGENBERG**, Leonidas. **Saber De e Saber Que. Alicerces da Racionalidade.** Vozes, 1ª Edição: Petrópolis, 2002.

**HESSEN**, Johannes. **Teoria do Conhecimento.** Armênio Amado Editor, 4ª Edição: Coimbra, 1968.

**INWOOD**, Michael. **A Heidegger Dictionary.** Blackwell Publishers. Massachusetts, USA, 1999.

**KAUFMANN**, Arthur; **HASSEMER**, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Fundação Calouste Gulbenkian, 1ª Edição: Lisboa, 2002.

**KELSEN**, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª Edição: Porto Alegre, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Armênio Amado Editor, 4ª Edição: Coimbra, 1976.

**KRETSCHMANN**, Ângela. **Sistema**. In: **BARRETTO**, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Editora Unisinos, 1ª Edição, 2ª Reimpressão: São Leopoldo, 2009.

**LIVET**, Pierre. **As normas: análise da noção, estudo de textos: Wittgeinstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles**. Editora Vozes, 1ª Edição: Petrópolis, RJ, 2009.

**MACHADO**, Edinilson Donizete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

**MAGALHÃES FILHO**, Glauco Pereira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. Editora Atlas, 1ª Edição: São Paulo, 2013.

**MAGRI**, Wallace Ricardo. **Análise Semiótica de texto jurídico**. Estudos Semióticos – nº 01, 2005, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo “in” <[www.fflch.usp.br/dl/semiótica/es/eSSe1/2005-eSSe1-W.R.MAGRI.pdf](http://www.fflch.usp.br/dl/semiótica/es/eSSe1/2005-eSSe1-W.R.MAGRI.pdf)> acesso em 15/01/2015.

**MARINONI**, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Revista dos Tribunais, 2ª Edição em e-Book: São Paulo, 2013.

**MAXIMILIANO**, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Forense, 13ª Edição: Rio de Janeiro, 1993.

**MORAES**, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas, 27ª Edição: São Paulo, 2011.

**NERY JÚNIOR**, Nelson. **Princípios de processo na Constituição Federal. Processo Civil, Penal e Administrativo**. Revista dos Tribunais, 11ª Edição: São Paulo, 2013.

**NERY**, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade. A sentença determinativa no processo civil**. Editora Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 1ª Edição em e-Book: São Paulo, 2014.

**POSNER**, Richard A. **Para além do Direito**. Editora Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2009.

**REALE**, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Editora Saraiva, 20ª Edição: São Paulo, 1993.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. Editora Saraiva, 16ª Edição: São Paulo, 1994.

**ROCHA**, Manuel António Lopes. **A motivação da sentença**. Gabinete de Documentação e Direito Comparado – 75/76: Portugal, 1998. in <<http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-c.pdf>> acesso em 31/01/2015.

**SÃO PAULO**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0010990-20.2012.8.26.0361. Recorrente: José Eduardo Santana Leite. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Edson Ferreira. São Paulo, 30 de Outubro de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>> Acesso em: 12 Maio 2015.

**SÃO PAULO**. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0010990-20.2012.8.26.0361. Recorrente: São Paulo Previdência - SPPREV. Recorrido: Simão Jatene. Relator: Desembargador Guerrieri Rezende. São Paulo, 9 de Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 12 Maio 2015.

**SCHMIDT**, Lawrence K. **Hermenêutica**. Editora Vozes, 2ª Edição: Petrópolis, 2012.

**SILVEIRA**, Lauro Frederico Barbosa da. **Curso de Semiótica Geral**. Quartier Latin, 1ª Edição: São Paulo, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Editora Livraria do Advogado, 11ª Edição: Porto Alegre, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Editora Saraiva, 5ª Edição: São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica**. In: **BARRETTO**, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Editora Unisinos, 1ª Edição, 2ª Reimpressão: São Leopoldo, 2009.

**VILANOVA**, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Max Limonad, 1ª Edição: São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. **Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. 1**. Axis Mundi: São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. **Escritos Jurídicos e Filosóficos. Vol. 2**. Axis Mundi: São Paulo, 2003.

**WAMBIER**, Luiz Rodrigues e **TALAMINI**, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 1ª Edição em e-Book baseada na 12ª Edição Impressa: São Paulo, 2012.

**WITTGEINSTEIN**, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Biblioteca Universitária, 1ª Edição: São Paulo, 1968.

## ANEXO I

Estado	Região	Instituição	Hermenêutica	Lógica	Ambas	Nenhuma
Acre	Norte	Faculdades Integradas Rio Branco	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Acre	Norte	União Educacional do Norte - UNINORTE	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Acre	Norte	Faculdade da Amazônia Ocidental	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Acre	Norte	Universidade Federal do Acre	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Acre	Norte	Faculdade São Lucas	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Alagoas	Nordeste	Universidade Federal de Alagoas - Faculdade de Direito de Alagoas	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Alagoas	Nordeste	Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Alagoas	Nordeste	Instituto de Ensino Superior de Alagoas	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Amapá	Nordeste	Centro de Ensino Superior do Amapá	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Amazonas	Norte	Faculdade Metropolitana de Manaus	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Amazonas	Norte	Escola Superior Batista do Amazonas	SIM	SIM	SIM	NÃO
Amazonas	Norte	Faculdade Martha Falcão	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Amazonas	Norte	Universidade Estadual do Amazonas	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Amazonas	Norte	Universidade da Amazônia	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	Nordeste	Universidade do Estado da Bahia	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	Nordeste	Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia	SIM	SIM	SIM	NÃO
Bahia	Nordeste	Faculdade Baiana de Direito	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	Nordeste	Fasete - Faculdade Sete de Setembro	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Bahia	Nordeste	Faculdade Ruy Barbosa	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	Nordeste	Universidade Federal do Ceará	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	Nordeste	Faculdade Paraíso Ceará	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	Nordeste	Faculdade de Ensino e Cultura do Ceará	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	Nordeste	Faculdade do Vale do Jaguaribe	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Ceará	Nordeste	Centro Universitário Christus	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Espírito Santo	Sudeste	Faculdade de Direito de Vitória	SIM	SIM	SIM	NÃO
Espírito Santo	Sudeste	Faculdade do Espírito Santo	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Espírito Santo	Sudeste	Faculdade Pio XII	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Espírito Santo	Sudeste	Faculdade de Direito de Cachoeira do Itapemirim	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Espírito Santo	Sudeste	Faculdade Vale do Cricaré	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Goiás	Centro-Oeste	Universidade Federal de Goiás	SIM	SIM	SIM	NÃO
Goiás	Centro-Oeste	Pontifícia Universidade Católica de Goiás	SIM	SIM	SIM	NÃO
Goiás	Centro-Oeste	Uni-Anhanguera Centro Universitário de Goiás	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Goiás	Centro-Oeste	Faculdade de Jussara - FAJ	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Goiás	Centro-Oeste	Faculdade Alves de Faria	SIM	SIM	SIM	NÃO

Maranhão	Nordeste	Faculdade do Estado do Maranhão	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Maranhão	Nordeste	Faculdade Santa Terezinha	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Maranhão	Nordeste	Faculdade de Educação de Santa Teresina	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Maranhão	Nordeste	Faculdade Maranhense São José dos Cocais	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Maranhão	Nordeste	Unibalsas - Universidade de Balsas	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso	Centro-Oeste	UEMS - Universidade Estadual do Mato Grosso - Naviraí	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Mato Grosso	Centro-Oeste	UNIVAG - Centro Universitário	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Mato Grosso	Centro-Oeste	Universidade Estadual do Mato Grosso - Cáceres	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso	Centro-Oeste	UNIC - Universidade de Cuiabá	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Mato Grosso	Centro-Oeste	Facider - Faculdade de Colider	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Mato Grosso do Sul	Centro-Oeste	Fundação Universidade Federal do Mato Grosso do Sul	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso do Sul	Centro-Oeste	Faculdade Campo Grande	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso do Sul	Centro-Oeste	FACSUL - Faculdade Mato Grosso do Sul	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Mato Grosso do Sul	Centro-Oeste	Faculdades Integradas de Paranabaíba	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Mato Grosso do Sul	Centro-Oeste	Universidade Federal da Grande Dourados	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Minas Gerais	Sudeste	Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Minas Gerais	Sudeste	Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis (universidade Federal de Uberlândia)	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Minas Gerais	Sudeste	FATEPS - Faculdade de Três Pontas	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Minas Gerais	Sudeste	FUCAMP - Fundação Carmelitana Mario Palmério	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Minas Gerais	Sudeste	Faculdade Presidente Antonio Carlos de Araguari	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	Norte	Faculdade Arthur Thomas	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Pará	Norte	Faculdade de Belém	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	Norte	FAPAN	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	Norte	Faculdade Integrada Brasil Amazônia	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pará	Norte	Fap - Faculdade do Pará	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraíba	Nordeste	IESP - Faculdade de Direito	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraíba	Nordeste	UNIPE - Centro Universitário João Pessoa	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraíba	Nordeste	Universidade Federal da Paraíba	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraíba	Nordeste	Faculdade CESREI	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Paraíba	Nordeste	FACISA	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraná	Sul	Faculdade de Direito da Universidade	SIM	SIM	SIM	NÃO

		Federal do Paraná				
Paraná	Sul	Faculdade Batista Brasileira	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Paraná	Sul	Grupo Integrado de Campo Mourão	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraná	Sul	FACCAR - Faculdade Paranaense	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Paraná	Sul	Univel	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	Nordeste	Faculdade Joaquim Nabuco	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	Nordeste	Faculdade de Damas	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	Nordeste	Faculdade dos Guararapes	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	Nordeste	Universidade Federal de Pernambuco	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Pernambuco	Nordeste	Faculdade Marista	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Piauí	Nordeste	Faculdade CET	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Piauí	Nordeste	Universidade Federal do Piauí	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Piauí	Nordeste	Faculdade Faete	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Piauí	Nordeste	Faculdade de Ensino Superior Floriano	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Piauí	Nordeste	FAPI - Faculdade do Piauí	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio de Janeiro	Sudeste	Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio de Janeiro	Sudeste	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio de Janeiro	Sudeste	Centro Universitário Barra Mansa	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio de Janeiro	Sudeste	Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC)	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio de Janeiro	Sudeste	Universidade Cândido Mendes	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Rio Grande do Norte	Nordeste	Uni-RN Centro Universitário do Rio Grande do Norte	SIM	SIM	SIM	NÃO
Rio Grande do Norte	Nordeste	Universidade Estadual do Rio Grande do Norte	SIM	SIM	SIM	NÃO
Rio Grande do Norte	Nordeste	Faculdade Mater Christi Mossoró	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Norte	Nordeste	Universidade Federal do Rio Grande do Norte	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Norte	Nordeste	Unifacex - Centro Universitário Facex	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	Sul	Ulbra - Universidade Luterana do Brasil	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	Sul	UFRGS	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	Sul	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rio Grande do Sul	Sul	FADERGS	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rio Grande do Sul	Sul	Universidade de Santa Maria	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Rondônia	Norte	Faculdade de Rondônia	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rondônia	Norte	Faculdade Rolim de Moura	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rondônia	Norte	Faculdades Integradas de Cacoal	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rondônia	Norte	UNIRON	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Rondônia	Norte	Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná	NÃO	NÃO	NÃO	SIM

Roraima	Norte	Faculdade Cathedral	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Roraima	Norte	Universidade Estadual de Roraima	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Santa Catarina	Sul	CESUSC - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Santa Catarina	Sul	Centro Universitário - Católica de Jaraguá do Sul	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
Santa Catarina	Sul	Universidade Regional de Blumenau	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Santa Catarina	Sul	UNC - Universidade do Contestado	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Santa Catarina	Sul	Unisinos	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
São Paulo	Sudeste	Faculdade de Direito Mackenzie	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
São Paulo	Sudeste	Faculdade Direito Fundação Getúlio Vargas	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
São Paulo	Sudeste	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo	NÃO	SIM	NÃO	NÃO
São Paulo	Sudeste	Universidade Metodista de São Paulo	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
São Paulo	Sudeste	Universidade São Judas Tadeu	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Sergipe	Nordeste	Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Sergipe	Nordeste	Faculdade Pio Décimo	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Sergipe	Nordeste	Universidade Federal do Sergipe	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Sergipe	Nordeste	Instituto Sergipe de Ensino Superior	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Tocantins	Norte	Católica do Tocantins	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Tocantins	Norte	Fundação Universidade do Tocantins	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Tocantins	Norte	UNIRG - Tocantins	NÃO	NÃO	NÃO	SIM
Tocantins	Norte	IEPO - Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
Tocantins	Norte	Faculdade Católica Dom Orione	SIM	NÃO	NÃO	NÃO

Total de Faculdades	120	%			
Possui Disciplina de Hermenêutica	67	55,83%			
Possui Disciplina de Lógica	16	13,33%			
Ambas	9	7,50%			
Nenhuma	46	38,33%			
Região	Hermenêutica	Lógica	Ambas	Nenhuma	
Norte	11 9,17%	4 3,33%	1 0,83%	13 10,83%	
Nordeste	33 27,50%	4 3,33%	3 2,50%	9 7,50%	
Centro-Oeste	7 5,83%	3 2,50%	3 2,50%	8 6,67%	
Sudeste	6 5,00%	3 2,50%	1 0,83%	12 10,00%	
Sul	10 8,33%	2 1,67%	1 0,83%	4 3,33%	