Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

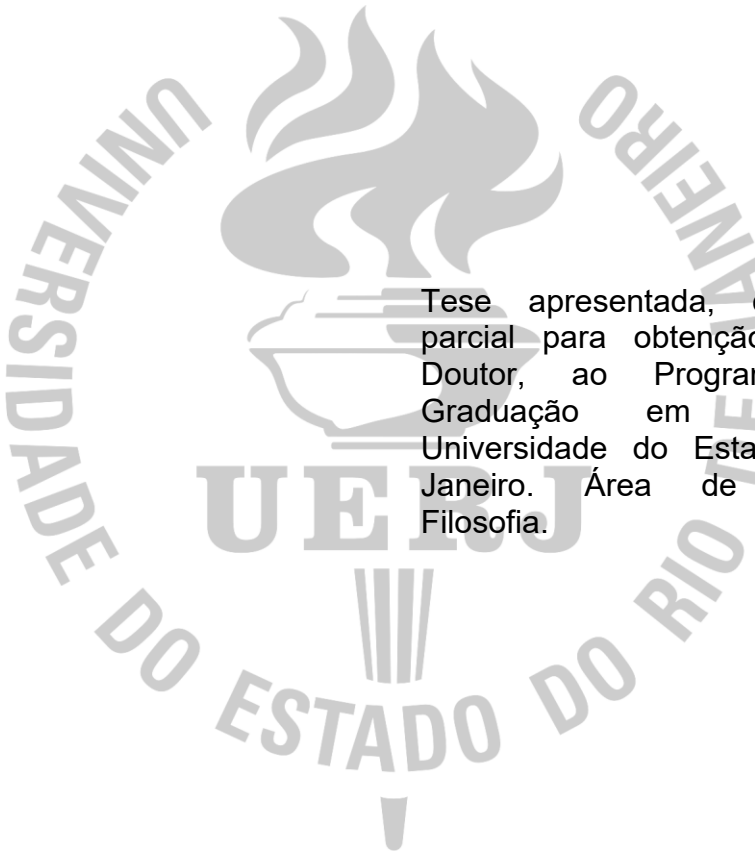
Gustavo Penha Lemes da Silva

Fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial

Rio de Janeiro
2023

Gustavo Penha Lemes da Silva

Fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Filosofia.

Orientador:Prof. Dr. Marco Antônio Casanova

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CCS/A

S586 Silva, Gustavo Penha Lemes da.
Fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial / Gustavo Penha Lemes da Silva. – 2023.
319 f.

Orientador: Marco Antônio Casanova.
Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Filosofia alemã - Teses. 2. Interpretação (Filosofia) - Teses. 3. Heidegger, Martin, 1889-1976 - Teses. 4. Gadamer, Hans-Georg, 1900-2002 - Teses. I. Casanova, Marco Antônio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

CDU 1(430)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Gustavo Penha Lemes da Silva

Fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Filosofia.

Aprovada em 26 de maio de 2023.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Marco Antônio Casanova (Orientador)
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

_____

Prof. Dr. Paulo Cesar Pinto de Oliveira
Universidade Federal de Viçosa

_____

Prof. Dr. Ari Marcelo Solon
Universidade de São Paulo

_____

Prof. Dr. Tito Marques Palmeiro
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

_____

Prof. Dr. Paulo Cesar Gil Ferreira Junior
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

Rio de Janeiro

2023

RESUMO

SILVA, Gustavo Penha Lemes da. **Fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial**. 2023. 319 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

A presente tese busca investigar os fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial. Isso significa que este trabalho tem o objetivo de elaborar uma introdução a uma teoria da decisão judicial. O caráter propedêutico da teoria aponta para os fenômenos que estão na base de toda e qualquer decisão judicial. Daí porque é central a filosofia de Martin Heidegger, especialmente o livro *Ser e tempo*, que faz um exame minucioso da existência do ser-aí. Assim, o ponto de partida da tese, que remete aos alicerces filosóficos de uma teoria da decisão judicial, diz respeito à análise da existência fática do ser-aí e aos elementos originários de sua abertura no mundo: disposição, compreensão, discurso e decadência. Estes componentes, que são modos fundamentais de ser do ser-aí, constituem uma constelação fenomênica que toca qualquer decisão judicial e abarcam os temas da interpretação e da linguagem, que são comumente estudados no mundo do direito. A análise filosófica dessa multiplicidade de fenômenos é feita neste trabalho com suporte no pensamento de Heidegger e apoiado também na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, no que diz respeito aos fenômenos da compreensão, interpretação e linguagem. Portanto, com sustentáculo nas filosofias de Heidegger e de Gadamer, serão examinados os fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial e alguns temas jurídicos essenciais concernentes aos julgamentos do Poder Judiciário.

Palavras-chave: ser-aí; existência fática; disposição; compreensão; interpretação; linguagem; decadência; Heidegger; Gadamer.

ABSTRACT

SILVA, Gustavo Penha Lemes da. **Philosophical foundations of a theory of judicial decision**. 2023. 319 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The present thesis seeks to investigate the philosophical foundations of a theory of judicial decision. This means that this work aims to elaborate an introduction to a theory of judicial decision. The propaedeutic character of the theory points to the phenomena that underlie any and all judicial decisions. That is why Martin Heidegger's philosophy is central, especially the book Being and Time, which makes a meticulous examination of the existence of being-here. Thus, the starting point of the thesis, which refers to the philosophical foundations of a theory of judicial decision, concerns the analysis of the factual existence of the being-here and the original elements of its opening in the world: disposition, understanding, discourse and decadence. These componentes, which are fundamental ways of being-here, constitute a fenomenal constellation that touches any judicial decision and encompass the themes of interpretation and language, which are commonly studied in the world of law. The philosophical analysis of this multiplicity of phenomena is carried out in this work supported by Heidegger's thought and also supported by the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer, with regard to the phenomena of understanding, interpretation and language. Therefore, based on the philosophies of Heidegger and Gadamer, the philosophical foundations of a theory of judicial decision will be examined and some essential legal issues concerning the judgments of the Judiciary.

Keywords: being-here; factual existence; disposition; understanding; interpretation; language; decay; Heidegger; Gadamer.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	8
1	**A FILOSOFIA DE MARTIN HEIDEGGER COMO PONTO DE PARTIDA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL – TODO JUIZ É UM SER-NO-MUNDO**.....	20
1.1	**Toda decisão judicial é proferida por um ser-aí**.....	21
1.2	**A existência do ser-aí**.....	23
1.2.1	A facticidade do ser-aí.....	30
1.2.2	O mundo circundante.....	34
1.3	**A disposição como abertura do ser-aí**.....	39
1.4	**A compreensão como abertura do ser-aí**.....	45
1.4.1	**A interpretação**.....	50
1.5	**A linguagem como abertura do ser-aí**.....	55
1.6	**A decadência como abertura do ser-aí**.....	59
1.7	**O ser-no-mundo e a decisão judicial: transpondo noções da analítica do ser-aí para a cotidianidade jurídica do juiz**.....	65
1.7.1	A facticidade do juiz e a decisão judicial.....	66
1.7.2	Explorando uma ideia de normatividade da existência: o juiz não é guiado apenas pela normatividade do direito.....	78
1.7.3	A tonalidade afetiva e a decisão judicial.....	88
1.7.4	A linguagem e a decisão judicial.....	101
2	**A ANÁLISE DA COMPREENSÃO, DA INTERPRETAÇÃO E DA LINGUAGEM DO SER-AÍ – CONTRIBUIÇÕES FILOSÓFICAS DE HANS-GEORG GADAMER**.....	111
2.1	**Toda decisão judicial tem prática hermenêutica: um diálogo com Gadamer**.....	113
2.2	**A consciência hermenêutica**.....	116
2.2.1	O círculo hermenêutico e os preconceitos do intérprete.....	118
2.2.2	A autoridade e a tradição.....	122
2.2.3	A distância temporal do intérprete e a história efeitual.....	125
2.2.4	A fusão de horizontes.....	130

2.3 **A interpretação e a aplicação**..... 133
2.3.1 A interpretação e a aplicação no direito..... 137
2.3.1.1 A aplicação no direito e a subsunção..... 140
2.4 **A pergunta hermenêutica**..... 142
2.5 **A interpretação e a linguagem**..... 146
2.6 **A interpretação e a decisão judicial: transpondo noções da hermenêutica filosófica para a cotidianidade jurídica do juiz** 158
2.6.1 **A ideia de existência fática de Heidegger e a ideia de preconceitos de Gadamer: uma análise mais abrangente a respeito dos prejulgamentos jurídicos do juiz**..... 162
2.6.2 O diálogo jurídico e a decisão judicial..... 169
2.6.3 Os métodos de interpretação e a decisão judicial..... 176
3 **A DECISÃO JUDICIAL E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ**..... 182
3.1 **A discricionariedade judicial**..... 182
3.2 **Hans Kelsen e a discricionariedade judicial**..... 185
3.3 **Herbert Hart e a discricionariedade judicial**..... 191
3.4 **Ronaldo Dworkin e a discricionariedade judicial**..... 195
3.4.1 A discricionariedade em sentido forte e a discricionariedade em sentido fraco: uma análise crítica da distinção feita por Ronald Dworkin..... 206
3.5 **O poder discricionário e o Poder Judiciário**..... 217
4 **A DECISÃO JUDICIAL – ALGUMAS QUESTÕES FUNDAMENTAIS**..... 236
4.1 **A decisão judicial e os fenômenos da aplicação e da criação do direito**..... 236
4.2 **A decisão judicial e a distinção em casos fáceis e difíceis**.... 252
4.3 **A decisão judicial e o princípio da proibição da denegação de justiça**..... 262
4.4 **A fundamentação da decisão judicial**..... 269
4.5 **A decisão judicial e a tese da única resposta correta: um diálogo com Ronald Dworkin**.....
4.5.1 A refutação da tese da única resposta correta..... 281

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 307
REFERÊNCIAS..... 311

INTRODUÇÃO

A presente tese busca desenvolver uma introdução a uma teoria da decisão judicial indagando as bases filosóficas dos julgamentos do Poder Judiciário. A tese apresenta um caráter transcendental, na medida em que investiga as condições de possibilidade de uma decisão judicial. O fenômeno da decisão judicial pode ser estudado por diferentes pontos de vistas e concatenado com assuntos variados, tais como os relativos ao poder discricionário dos juízes, ao ativismo judicial, à linguagem, à interpretação, à moral, à política, à economia etc. A decisão judicial é normalmente examinada no âmbito jurídico, especialmente nos campos do direito constitucional e do direito processual, sendo este último o mais comum e o que produz mais trabalhos sobre o tema. As obras sobre o assunto causam certa estranheza, seja pela quantidade, pois em comparação com outros temas jurídicos são poucas as produções a respeito de uma teoria da decisão judicial, seja pela perspectiva enfocada, já que os trabalhos, em sua maioria, não tratam ou abordam superficialmente as questões filosóficas relativas ao assunto. Realmente, os livros sobre teoria da decisão judicial focam essencialmente questões jurídicas, sobretudo aquelas relativas às áreas do direito processual ou do direito constitucional, de modo que são relegadas outras áreas do conhecimento, como a filosofia, a antropologia, a sociologia, a psicologia etc. Assim, as obras margeiam ou tergiversam sobre, em geral, elementos cruciais que fazem parte do fenômeno da decisão judicial, na medida em que focam predominantemente questões jurídicas. O objetivo da presente tese é diferente, porque a filosofia será a base do trabalho, ainda que muitos problemas jurídicos sejam também abordados, mormente nos dois últimos capítulos. Como não é possível construir uma completa teoria da decisão judicial no âmbito restrito de um doutorado, notadamente em filosofia, a presente tese desenvolverá uma introdução enfocando os alicerces filosóficos, mas explorando alguns temas jurídicos primordiais relativos ao fenômeno da decisão judicial.

As múltiplas teorias dos cientistas do direito[1], quando se conectam com a filosofia, além da moral, remetem principalmente a dois temas fundamentais: linguagem e interpretação. Diversas teses jurídicas são elaboradas explorando

[1] Pode-trazer como exemplos: Herbert Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Lenio Streck etc.

noções da filosofia da linguagem ou da filosofia hermenêutica. A ciência do direito sinaliza uma metalinguagem, visto que apresenta uma linguagem dos juristas sobre a linguagem normativa do direito, sendo que os enunciados dos cientistas jurídicos e dos operadores do direito decorrem necessariamente de uma práxis hermenêutica. Consequentemente, é usual que muitas teses produzidas no mundo jurídico se alicercem especialmente nos fenômenos da linguagem e/ou da interpretação, como se constata, por exemplo, nas teorias de Herbert Hart[2] e Ronald Dworkin[3], que são grandes referências na filosofia do direito. Hart teve influência da filosofia da linguagem, sobretudo de Ludwig Wittgenstein. No que tange às regras, Hart faz uma distinção entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno, estabelecendo uma distinção linguística entre *ter a obrigação* e *ser obrigado*, quando trata do problema do seguimento das regras. Além disso, Hart afirma que, nos processos controversos, os juízes podem criar direito novo, em virtude da textura aberta da linguagem das normas jurídicas, de modo que nos casos difíceis[4] alguns significados jurídicos são estabelecidos pela prática do Poder Judiciário. Segundo Hart, a textura aberta da linguagem do direito confere um inevitável poder discricionário para os juízes nos casos complexos. Dworkin, por sua vez, criou a teoria do direito como integridade tendo como sustentação, entre outras, a filosofia hermenêutica, de forma que teve influência do pensamento de Hans-Georg Gadamer. Dworkin critica o positivismo de Hart, bem como outras teorias do direito, como o pragmatismo jurídico, estribado na sua ideia de intepretação construtiva, entendendo que apenas as normas positivadas em um sistema jurídico não são suficientes para o julgamento dos casos difíceis pelos juízes, sendo necessário que estes se orientem também pelas normas morais. E como existem normas explícitas ou implícitas de conteúdo moral, não há para Dworkin discricionariedade – em sentido forte – dos juízes, mesmo nos processos

---

[2] Herbert Hart escreveu, entre outros, o célebre livro *O Conceito de Direito*, que é considerado para muitos como a melhor obra sobre o positivismo jurídico.

[3] Ronald Dworkin é autor de diversas obras notáveis no mundo jurídico: *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio*, *O império do direito*, *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, *A justiça de toga* etc.

[4] A distinção entre casos fáceis e difíceis é fundamental para esta tese, razão pela qual ela será minuciosamente analisada em tópico próprio no último capítulo. É importante destacar, neste momento introdutório, que a separação em casos fáceis e difíceis já é tradicional no âmbito jurídico, bem como que ela é essencial para um melhor entendimento do fenômeno da decisão judicial, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

controvertidos, especialmente porque pela intepretação é possível chegar, em sua visão, a uma única resposta correta em qualquer tipo de caso.

A menção nesta introdução a algumas ideias de Hart e de Dworkin é feita apenas para apontar, ainda que de forma sucinta e superficial, como os fenômenos da linguagem e da interpretação têm patente relevância no mundo do direito. Ocorre que, se a linguagem e a hermenêutica são indispensáveis, elas também são insuficientes para um entendimento mais percuciente e completo sobre o fenômeno da decisão judicial. É que a decisão judicial aponta para uma constelação fenomênica, sendo ela resultado de diversos fenômenos que são indissociáveis e que a tornam possível. Assim, é necessário pensar em algo mais originário e abrangente para o estudo da decisão judicial. O que seria esse algo? Resposta: a existência fática humana. É importante investigar o ente que possibilita a linguagem e a interpretação. Este ente é o ser humano. A decisão judicial é sempre comportamento humano. Toda decisão judicial é sempre proferida por um ser humano, de modo que na base da linguagem e da interpretação há um ser humano que tem uma existência fática[5] cotidiana. Qual a importância desta constatação absolutamente óbvia? Resposta: destacar que, se toda decisão judicial é um ato de um ser humano, a sua análise não pode ser reduzida aos fenômenos da linguagem e da interpretação, porque a existência humana pressupõe outros elementos que repercutem diretamente nos julgamentos do Poder Judiciário. Daí porque é necessária uma forma de reflexão filosófica sobre a existência fática[6], relacionada ao fenômeno da decisão judicial. Neste contexto reforça-se o aspecto transcendental da presente tese. É relevante salientar que alguns fenômenos da existência humana, que tornam possível a decisão

[5] A noção de existência fática será explorada e aclarada no primeiro capítulo, com alicerce na filosofia de Martin Heidegger.

[6] É preciso esclarecer que a analítica do ser-aí de Heidegger não significa uma filosofia da vida, uma filosofia da cultura ou uma filosofia antropológica, mas um exame da existência do ente que pode perguntar e responder pelo sentido do ser, que tem de ser para ser e sendo coloca em jogo seu próprio ser. Heidegger desenvolve em *Ser e tempo* um projeto de ontologia fundamental e não uma filosofia da existência. Todavia, como a análise do ser-aí é necessária para seu projeto ontológico, ela se torna um subprojeto de Heidegger para concretizar seu projeto principal. Logo, entendendo aqui como um caminho para seu projeto ontológico, é possível afirmar que Heidegger efetua meditações filosóficas também sobre a existência, sobre a antropologia, mas sempre com uma perspectiva ontológica. Daí porque *Ser e tempo*, a partir de uma visão ontológica, sinaliza que o ser-aí não tem natureza, sendo assim um ente indeterminado ontologicamente. A analítica do ser-aí, examinando as bases ontológicas do ente que nós somos, contribui para o desenvolvimento da antropologia, da psicologia, da biologia, da sociologia etc.

judicial, afetam a racionalidade jurídica dos juízes[7]. Estes outros fenômenos não podem ser considerados isoladamente, pois estão sempre imbricados na produção de uma decisão judicial. Ora, os seres humanos são afinados por tonalidades afetivas, vivem em uma sociedade, em um lugar, em um período histórico etc. Consequentemente, além da linguagem e da interpretação, a existência fática de cada ser humano é igualmente acompanhada por outros fenômenos, que estão entrelaçados nos julgamentos dos juízes. As pesquisas que focalizam essencialmente a linguagem e a interpretação são insuficientes para tratar de forma percuciente do fenômeno da decisão judicial. Por conseguinte, esses fenômenos comumente ignorados, como a existência fática cotidiana, o mundo social, as tonalidades afetivas etc., afetam a racionalidade[8] jurídica da decisão judicial.

É preciso estabelecer um ponto de partida mais originário e abrangente, considerando o fato de que a decisão judicial é ato exclusivo do ser humano. Nesse contexto, o pensamento de Martin Heidegger se revela apropriadamente como o alicerce filosófico inicial para uma melhor e mais profunda compreensão do tema. A analítica do *Dasein* (ser-aí[9]) apresentada em *Ser e tempo*, seu mais célebre livro, é o ponto de partida desta tese e representa o aspecto principal da teoria em questão, na medida em que ela abarca outros fenômenos além da linguagem e da intepretação.

---

[7] A razão não é tema da analítica do ser-aí de Heidegger, mas, sim, os fenômenos mais originários que possibilitam a capacidade racional humana. Sobre essa questão, o filósofo americano Steven Crowell escreve: “Heidegger fala muito pouco sobre deliberação. Isso levou um comentarista a sustentar que Heidegger ‘bane a razão da existência humana’ e a negar que haja, em *Ser e Tempo*, ‘qualquer coisa remotamente parecida’ com os conceitos de ‘deliberação, razões, normas’ (Tugendhat 1986, p. 215). Essa visão bastante difundida parece ainda mais plausível porque a análise da escolha e decisão de Heidegger, em particular, não menciona a deliberação. Parece ao mesmo tempo decisionista e solipsista. No entanto, essa visão não consegue compreender o papel transcendental que a análise desempenha, que é precisamente especificar as condições de possibilidade para o quadro de deliberação implícito na Divisão I. Mais amplamente, a análise da decisão estabelece as raízes ontológicas do próprio raciocínio prático.” (*Normativity and phenomenology in Husserl and Heidegger.* Cambridge, Cambridge University Press, 2013, página 289, tradução livre)

[8] A palavra racionalidade é aqui empregada em sentido amplo, abarcando, assim, as ideias relativas ao que é racional, ao que se baseia na razão, à capacidade de raciocinar, à aptidão para resolver algo através do raciocínio etc.

[9] Existem traduções de *Dasein* como ser-aí (Marco Antônio Casanova), presença (Márcia Sá Cavalcante), ser-o-aí (Oswaldo Giacoia Jr.) e estar-aí (Ernildo Stein), mas nenhuma delas exprime o real conteúdo do termo *Dasein*, pois há uma amplitude da expressão decorrente do fato deste ente ser um existente jogado no mundo, o que implica noções mais complexas e precisas do que indicam as simples traduções mencionadas, já que indica um ente que tem possibilidades a partir de sua facticidade. Assim, em razão das traduções não terem condições de indicar o sentido adequado da palavra, adota-se aqui a tradução de *Dasein* como ser-aí, porque esta tem a qualidade de sinalizar a literalidade do termo.

Com isso, há uma expansão conceitual sobre o fenômeno da decisão judicial, o qual não pode ser adequadamente entendido se a linguagem se restringir ao mundo do direito, que usualmente superestima a capacidade racional dos juízes. Se algumas teorias jurídicas são pungidas por algo como um aguilhão linguístico ou um aguilhão hermenêutico, pode-se dizer que este trabalho é estimulado por um aguilhão existencial. A diferença é o ponto de partida, que é mais abrangente e originário do que as outras teorias. *Portanto, a analítica existencial heideggeriana é o sustentáculo desta introdução a uma teoria da decisão judicial, de modo que é possível pensar, de maneira propedêutica, em uma espécie de introdução existencial a uma teoria da decisão judicial ou, dizendo de forma mais apropriada, uma teoria da decisão judicial com base existencial, que possibilita a superação das tradicionais teorias da decisão judicial apoiadas apenas em noções jurídicas ou ideias filosóficas limitadas aos fenômenos da linguagem e da interpretação*. Esse alicerce existencial permite uma abordagem holística e transcendental do fenômeno da decisão judicial, de maneira que a linguagem e a interpretação são também consideradas, mas não isoladamente, já que são apreciadas em conjunto com outros fenômenos derivados da existência fática cotidiana, os quais têm grande poder de afetar a racionalidade jurídica dos juízes. Daí porque a decisão judicial é adequadamente compreendida a partir de uma visão acerca da constelação fenomênica que ela necessariamente contém, vale dizer, a decisão judicial é um fenômeno unitário derivado de uma multiplicidade fenomênica, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

No que concerne às influências dos grandes juristas, é importante ressaltar que muitas vezes elas não são claras, sobretudo porque decorrem de distintas tradições, como ocorre com Hart e Dworkin, cujos pensamentos têm diferentes influxos, não sendo facilmente perceptíveis. Este trabalho tem o objetivo, entre outros, de deixar manifesto quais são os pensadores que influenciam a elaboração da presente tese, explicitando a origem das ideias que produzirão o suporte filosófico desta introdução a uma teoria da decisão judicial. Para além de sinalizar uma forma de honestidade intelectual, tal postura tem a importante função de tornar visíveis as principais, não únicas, influências do trabalho, possibilitando, assim, um melhor debate sobre os problemas nele tratados. A filosofia heideggeriana retratada em *Ser e tempo* é a principal base desta tese. Embora Heidegger não seja um filósofo existencialista, pois seu pensamento sempre foi voltado direta ou indiretamente para a questão do ser, para a ontologia, ele acabou produzindo uma minuciosa investigação a respeito da

existência fática humana cotidiana. Apesar de a ontologia caracterizar o âmago de seu trabalho, a filosofia de Heidegger problematiza também a existência fática e o passado, já que frequentemente conversa com a tradição. As ideias heideggerianas a respeito da hermenêutica da facticidade e da analítica da existência referem-se ao ser-aí, que é o ente que nós somos. A filosofia heideggeriana foi estabelecida como ponto de partida para a construção de uma introdução a uma teoria da decisão judicial porque toda decisão judicial é proferida por um juiz e todo juiz é um ser-aí. Logo, a analítica do ser-aí de Heidegger é essencial para esta tese, pois contêm reflexões filosóficas sobre a existência fática cotidiana que possibilitam enxergar o que torna possível a decisão judicial. Com as concepções heideggerianas há uma ampliação da linguagem a respeito do fenômeno da decisão judicial, que se torna vital na medida em que os conceitos do mundo jurídico revelam certa insuficiência para lidar com esse tema fundamental, mormente porque não tratam adequadamente dos fenômenos que prejudicam e restringem a amplitude da racionalidade jurídica dos julgamentos do Poder Judiciário. Daí porque o exame do pensamento de Heidegger se impõe, uma vez que realça, sobretudo, o quanto um juiz é determinado por horizontes históricos e, consequentemente, como os preconceitos afetam as decisões judiciais. Ademais, a analítica do ser-aí heideggeriana demonstra como certos fenômenos não só tornam possível uma decisão judicial, mas também repercutem na racionalidade jurídica dos julgamentos do Poder Judiciário.

Não obstante *Ser e tempo* ter por objetivo desenvolver um projeto de ontologia fundamental, este programa só é possível por meio da analítica existencial, porque apenas o ser-aí pode perguntar e responder pelo problema do ser. A investigação dos alicerces filosóficos de uma teoria da decisão judicial tem como base inicial o estudo do ser-aí que tem a incumbência de julgar. Com isso, uma investigação ontológica da existência fática do ser-aí apresenta um caráter transcendental e confere unidade a uma pluralidade de fenômenos relativos ao tema da decisão judicial O exame dos componentes da abertura do ser-aí significa a análise dos elementos da abertura de qualquer juiz no mundo jurídico. São quatro os elementos originários da abertura do ser-aí: disposição, compreensão, discurso[10] e decadência. Estes são caracteres ontológicos originários do único ente que possui existência, no sentido etimológico

[10] Neste trabalho a noção de discurso será substituída, propositadamente, pela ideia de linguagem, como será esclarecido mais adiante em tópico próprio do primeiro capítulo.

heideggeriano[11], e por isso são entendidos também como existenciais. Os existenciais da compreensão e da linguagem serão examinados também com apoio na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Assim, a investigação dos temas da compreensão, da interpretação e da linguagem será baseada tanto no pensamento de Heidegger quanto no pensamento de Gadamer. Aliás, é apropriado destacar que uma parte deste trabalho consiste em acumular distintos conceitos, confrontando-os, para assim expandir a linguagem sobre o fenômeno da decisão judicial. O cotejo de distintas concepções de diferentes pensadores não só permite um entendimento mais abrangente acerca do fenômeno da decisão judicial, como também possibilita a criação de novos conceitos. Nesse contexto, é oportuno salientar que esta tese apresentará, entre outras, as seguintes concepções: facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, existência fática tendenciosa e existência fática pretensamente neutra, normatividade existencial, diálogo hermenêutico interno e diálogo hermenêutico externo, completude performática do ordenamento jurídico, elementos transparentes e elementos opacos da decisão judicial, decisão judicial disruptiva, validade jurídica contestável e validade jurídica incontestável etc.

Um ponto que deve ser enfatizado nesta introdução é que, no que concerne ao tema da decisão judicial, as análises tradicionalmente desconsideram a existência fática humana[12], a qual manifesta uma pluralidade fenomênica que comumente atinge

---

[11] Para Heidegger, existir é ek-sistir, é ser para fora, mover-se para o fora, ser no exterior (mundo) etc. Daí porque o ser-aí, como existente, é ser-no-mundo. A respeito do assunto, o filósofo brasileiro Marco Antônio Casanova diz: "Existência não é aqui um sinônimo de presença efetiva, mas antes um termo que sintetiza em si o caráter propriamente dito da intencionalidade. 'Existir' é uma palavra composta pelo prefixo ek-(para fora) e pelo radical -stemi (mover-se). Em seu sentido literal, portanto, existir equivale em seu étimo a 'mover-se-para-fora'". (*Mundo e Historicidade: Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo – Volume 1 – Existência e mundaneidade*. Rio de Janeiro. Via Verita Editora, 2017, páginas 36 e 37)

[12] A respeito da necessidade de estudo do ser humano para a criação de teorias jurídicas, é interessante trazer uma lição do jurista brasileiro Lourival Vilanova, sobretudo porque os seus principais livros estão concatenados com o tema da lógica jurídica. Confira-se: "Ora, é impossível uma teoria do Direito sem uma teoria do homem (v. Legaz y Lacambra, em seu ainda atualíssimo livro, *Kelsen, Estudio Crítico de la Teoría Pura del Derecho e del Estado de la Escuela de Viena*, págs. 307-355, publicado no ano de 1933). No final, a conduta juridicamente regrada é um corte abstrato de uma projeção objetiva que submerge suas raízes na estrutura total do homem. Não existe, de um lado, o homem; de outro, o saber científico, a moral, o Direito, a arte, a religião, na relação de matéria e forma. Como sempre, matéria e forma, são conceptualmente separáveis, mas dialeticamente inter-relacionadas na composição do ser integral do homem. Sem esse *quantum* de ontologia, a teoria do Direito fica no ar, sem apoio na realidade. É preciso tirar o máximo de rendimento, *potenciar além de Kelsen todas as consequências da afirmação que Kelsen fez:* o Direito é tanto *norma* de conduta, como conduta normativamente regrada. A norma é um dos processos de objetivação, uma via de dessubjetivação que conduz à cultura objetiva, que é tanto *objetivação do sujeito* quanto *subjetivação do objeto* (Simmel)." (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito*

a racionalidade jurídica das decisões judiciais. Uma análise filosófica transcendental é fundamental para uma investigação ampla e profunda, já que uma teoria da decisão judicial envolve, entre outros, o exame da existência fática humana, da disposição, da hermenêutica, da linguagem, da moral etc. O caminho a ser percorrido se inicia com a constatação óbvia de que toda decisão judicial é necessariamente proferida por um ser humano, que exerce uma determinada função no sistema jurídico, não importando o nome do cargo (juiz, desembargador, ministro etc.), porquanto, ainda que decorra de um órgão colegiado (tribunal), as decisões judiciais são sempre manifestações de seres humanos que possuem existência fática no mundo. Exercer uma atividade judicial é um modo de ser do ser-aí. Proferir uma decisão judicial é uma possibilidade do ser-aí. Este ente, portanto, permite investigar e explorar diversos aspectos relativos ao fenômeno da decisão judicial, consolidando-se no ser-aí uma totalidade de fenômenos que se copertencem.

O trabalho visa explorar mais o aspecto da produção da decisão judicial do que esta como ato normativo criado. O enfoque não é muito sobre o que acontece com a introdução de uma decisão judicial no mundo jurídico, mas sim como acontece e como é possível a produção de uma decisão judicial que será introduzida no mundo do direito. A perspectiva principal é a respeito dos fenômenos que possibilitam a decisão judicial. É mais importante aqui investigar como se dá o processo de criação de uma decisão judicial do que os efeitos dessa criação no mundo do direito. O foco é mais para entender como os juízes decidem e menos como os juízes deveriam decidir. Claro que ambos são essenciais, mas aqui se procura, sobretudo, retroceder aos fenômenos originários, na medida em que estes delimitam o que pode ser debatido no mundo jurídico a respeito das decisões judiciais. Realmente, muitas discussões jurídicas são enfraquecidas e se tornam insuficientes precisamente por não levarem em conta os caracteres ontológicos originários do ser-aí, que indispensavelmente repercutem em qualquer decisão judicial, prejudicando muitas vezes a cognição racional dos juízes. Portanto, a presente introdução a uma teoria da decisão judicial

---

Positivo. São Paulo, Editora Noeses, 2010, página 290). É preciso esclarecer que o pensamento de Lourival Vilanova teve grande influência de Edmund Husserl, assim como a filosofia de Heidegger, que foi discípulo dele. Todavia, Heidegger fez algumas críticas à fenomenologia de Husserl, mormente porque ela se manteve presa a um aparato conceitual subjetivista, atinente à tradicional distinção entre sujeito e objeto. Logo, é interessante realçar que a transcrita lição de Lourival Vilanova adota uma clara distinção entre sujeito e objeto, sendo assim coerente com o pensamento husserliano, que posteriormente foi criticado pela filosofia heideggeriana, que é aqui adotada neste trabalho.

tem um olhar mais para como os juízes de fato julgam e menos para como deveriam julgar. A partir desse olhar é possível, de forma conveniente, constituir visões que orientem como os juízes devem julgar, vale dizer, antes da elaboração de enunciados prescritivos, é preciso emitir enunciados descritivos adequados a respeito do fenômeno da decisão judicial. Isso significa, contrariando alguns renomados juristas[13], que a filosofia e a ciência do direito são necessárias para o tema em discussão, tanto na descrição como ponto de partida quanto na prescrição como ponto de chegada, relativamente ao processo de tomada de decisão do Poder Judiciário. E este trabalho foca essencialmente no aspecto descritivo, notadamente por se tratar de uma introdução a uma teoria da decisão judicial.

Importa esclarecer o roteiro deste trabalho, apresentando um panorama geral do percurso. Como a presente introdução a uma teoria da decisão judicial tem como ponto de partida as ideias heideggerianas, o capítulo inicial deste trabalho é baseado na analítica do ser-aí e nos seus elementos originários da abertura. O segundo capítulo estuda a compreensão, a interpretação e a linguagem com base no pensamento de Gadamer. O terceiro capítulo investiga o essencial tema da discricionariedade judicial, concatenando, assim, o poder discricionário do Poder Judiciário com o fenômeno da decisão judicial. Por seu turno, o capítulo final desta tese focará no exame de questões jurídicas fundamentais acerca do fenômeno da decisão judicial, mas sempre levando em conta as bases filosóficas estabelecidas nos capítulos anteriores. Embora os dois últimos capítulos deste trabalho estejam voltados para dialogar com o mundo do direito, a partir dos alicerces filosóficos fixados nos dois primeiros capítulos, nestes há necessariamente uma conexão com temas jurídicos atinentes à decisão judicial, já que o trabalho vai paulatinamente fixando alguns alicerces, conforme vai explorando as ideias filosóficas de Heidegger e de Gadamer. Assim, nos dois primeiros capítulos há um tópico no início fazendo uma breve e introdutória concatenação entre o fenômeno da decisão judicial e o específico tema estudado, bem como há tópicos no fim articulando os fundamentos filosóficos

[13] O jurista brasileiro Lenio Luiz Streck diz: "É por tais razões que faço minhas críticas às pesquisas que se contentam em examinar como os juízes decidem, *como se o modo como eles fazem isso fosse uma fatalidade e restasse, às partes, apenas apreender o modo como "lidar como isso"*. Nego-me a aceitar isso. Peremptoriamente. Caso contrário, não precisamos mais da doutrina. E podemos fechar a pós-graduação. Por isso as minhas críticas àquela pesquisa, para mim, absolutamente descabida, acerca dos *juízes de Israel* que, quando sentem fome pela manhã, são mais duros com os réus. Minha proposta – sarcástica – é que lhes seja estendido o benefício dos juízes de Pindorama: o vale refeição." (*Juiz não é Deus – Juge n'est pas Dieu*. Curitiba. Juruá Editora, 2016, página 130)

apresentados com conceitos jurídicos. Nestes tópicos finais de cada capítulo são construídas e estabelecidas algumas ideias jurídicas a partir das noções filosóficas examinadas. Assim, antes dos dois últimos capítulos, em que as análises são especificamente direcionadas para o mundo do direito, já há nos dois primeiros capítulos investigações jurídicas parciais.

O primeiro capítulo examinará a filosofia de Heidegger, pois ela é a base da elaboração desta introdução a uma teoria da decisão judicial. Assim, a analítica do ser-aí, realizada especialmente em *Ser e tempo*, será o pontapé inicial e o alicerce de todo o trabalho. Consequentemente, serão examinados e explicados a existência do ser-aí e alguns essenciais fenômenos a ela conectados: facticidade do ser-aí, mundo circundante e elementos originários da abertura do ser-aí. Após essas análises serão transpostas as ideias heideggerianas para o mundo do direito, de maneira que a analítica do ser-aí será articulada com o exame da cotidianidade jurídica do juiz e do fenômeno da decisão judicial. Ademais, será explorada com base no pensamento de Heidegger a ideia de uma normatividade existencial, bem como aprofundado o fenômeno da facticidade no âmbito jurídico. Esta tese desenvolve no capítulo inicial as ideias de facticidade tendenciosa, facticidade pretensamente neutra, existência fática tendenciosa e existência fática pretensamente neutra, que contribuem para um melhor entendimento do fenômeno da decisão judicial. Conforme será exposto no decorrer deste trabalho, a facticidade do ser-aí e os componentes originários de sua abertura são cruciais para a presente teoria da decisão judicial e por isso serão devidamente explanados no primeiro capítulo.

O segundo capítulo examina os fenômenos da compreensão, da interpretação e da linguagem apoiado no pensamento de Gadamer. Assim como toda decisão judicial é acompanhada de alguma tonalidade afetiva do juiz, toda decisão judicial é igualmente derivada de interpretação. Se há decisão judicial, há inevitavelmente interpretação judicial, sendo assim o tema da hermenêutica é inseparável do tema da decisão judicial. Com isso, para melhor entendimento do assunto, o segundo capítulo trata da consciência hermenêutica e de fenômenos vinculados à práxis hermenêutica: círculo hermenêutico, preconceitos do intérprete, autoridade, tradição, distância temporal do intérprete, história efeitual e fusão de horizontes. Se, para Heidegger, toda interpretação é indissociável da compreensão, para Gadamer toda compreensão abarca tanto interpretação quanto aplicação, ou seja, a experiência hermenêutica é um processo unitário que abarca três fenômenos distintos e inseparáveis:

compreensão, interpretação e aplicação. Para demonstrar a sua tese, Gadamer utiliza como exemplo o fenômeno da aplicação no mundo do direito. No capítulo conclui-se os estudos do pensamento gadameriano a respeito da intepretação pela análise de dois fenômenos fundamentais: a linguagem e a pergunta hermenêutica. Trata-se de fenômenos vinculados, já que, para Gadamer, a linguagem aponta para a ideia de conversação, a qual, por sua vez, remete para o fenômeno da pergunta. A partir desses estudos é feita uma transposição das ideias de Gadamer para a cotidianidade jurídica do juiz, de forma que a decisão judicial é examinada com base na perspectiva de um diálogo jurídico. Há ainda um tópico central no segundo capítulo em que são confrontadas a noção de existência fática de Heidegger e a ideia de preconceitos de Gadamer, com o objetivo de possibilitar um entendimento mais pormenorizado acerca da pré-compreensão jurídica de cada juiz ao proferir uma decisão judicial. Por seu turno, o último tópico do capítulo examina a noção de interpretação em Gadamer com a ideia de métodos interpretativos.

No terceiro capítulo é analisado um problema essencial relativo ao fenômeno da decisão judicial: o poder discricionário do juiz. A análise começa com o exame dos pensamentos de alguns renomados juristas – Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin – a respeito da discricionariedade do Poder Judiciário, tendo em vista se tratar de tema fundamental do mundo do direito e que concerne de modo particular aos julgamentos do Poder Judiciário. Como Dworkin é o jurista que faz as críticas mais contundentes à discricionariedade judicial, apresentando ideias originárias para tentar superá-la, é explorado em tópico próprio a sua distinção entre poder discricionário em sentido fraco e poder discricionário em sentido forte. Após, em tópico específico, esta tese procura demonstrar que há uma imanência do poder discricionário nos julgamentos do Poder Judiciário, pelo menos no que tange aos casos difíceis. Por fim, no quarto capítulo são examinadas questões jurídicas essenciais relacionadas ao fenômeno da decisão judicial, de modo que as investigações feitas nos três primeiros capítulos permitem estabelecer suportes conceituais adequados para abordar questões cruciais do mundo do direito, começando pelo problema da aplicação e da criação do direito pelo Poder Judiciário. Depois, é realizado um exame sobre a tradicional distinção jurídica entre casos fáceis e difíceis, a qual tem especial conexão com as questões da discricionariedade judicial, da aplicação e da criação do direito pelos juízes. Estes assuntos estão conectados com o princípio da proibição da denegação de justiça, que constitui um mandamento exclusivo do Poder Judiciário, o

qual se traduz no dever de julgar, isto é, os juízes têm a obrigação de decidir todos os casos que lhes são submetidos. E como toda decisão judicial precisa ser necessariamente justificada, é investigado em tópico próprio o tema da fundamentação das decisões do Poder Judiciário, o qual é feito tanto por uma perspectiva ôntica quanto por um prisma ontológico, com base no pensamento de Heidegger. Finaliza-se o capítulo e o trabalho com o exame da teoria da única resposta correta, a qual tem relação direta ou indireta com os temas referidos acima, bem como expõe uma das ideias centrais deste trabalho: os casos concretos, mesmo os difíceis, manifestam fenômenos que apontam para um campo de objetividade, para um âmbito de verdade, de forma que as decisões judiciais não podem derivar de subjetivismos e/ou arbitrariedades dos juízes. Todavia, embora na fenomenologia não importe a perspectiva do julgador, mas, sim, a perspectiva da própria coisa, nos casos controvertidos há uma certa abertura – linguística – dos fenômenos em jogo, de tal forma que a facticidade e a abertura do ser-aí que julga repercute diretamente na lida com tais tipos de processos. De fato, os casos difíceis no mundo jurídico comumente manifestam fenômenos com uma dada abertura semântica, os quais, apesar de apresentarem um âmbito do que é correto – um espaço de objetividade –, possibilitam divergências interpretativas em virtude das diferentes existências fáticas dos juízes que julgam. *Portanto, conclui-se o trabalho destacando uma relação de aberturas: a abertura de certos fenômenos jurídicos com a abertura do ser-aí que julga esses fenômenos jurídicos*.

1. A FILOSOFIA DE MARTIN HEIDEGGER COMO PONTO DE PARTIDA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL – TODO JUIZ É UM SER-NO-MUNDO

Heidegger realiza um constante diálogo filosófico com o horizonte do passado, tendo em vista que toda concepção filosófica se conecta com alguma tradição. Embora Heidegger explore em sua vasta produção filosófica a questão do passado e outros assuntos que têm concatenação direta ou não com o seu projeto de ontologia fundamental, a questão do ser é efetivamente o problema central do seu pensamento. A diferença ontológica pensada por Heidegger, que estabelece uma distinção entre ser e ente, tem relação com o exame da existência fática do ser-aí. Ressalte-se, desde já, que a distinção heideggeriana entre o ôntico e o ontológico é relevante para o entendimento de questões particulares do mundo jurídico, como será demonstrado no decorrer deste trabalho. Heidegger, desde cedo em sua trajetória filosófica, ponderou sobre a existência fática, fenômeno este que foi, em boa parte, relegado na história da filosofia, sobretudo no período moderno, em que predominou um ideal racionalista, que tem influência até hoje no pensamento filosófico – e científico. Consequentemente, em virtude da sublimação da razão, a existência fática não era um problema filosófico para o iluminismo, não sendo assim colocada como questão filosófica. Dessa maneira, Heidegger tem um papel fundamental na tradição filosófica, especialmente pelo exame do ser-aí. O ser-aí é o fenômeno de base pelo qual Heidegger realiza tanto a hermenêutica da facticidade quanto a analítica da existência.

Na realização de *Ser e tempo* Heidegger foi influenciado por diversos filósofos, mas dois logo se destacam: Edmund Husserl e Wilhelm Dilthey. Articulando e apropriando-se do pensamento destes dois filósofos, Heidegger desenvolveu a sua fenomenologia hermenêutica, sendo de Husserl a contribuição fenomenológica e de Dilthey a contribuição hermenêutica. Insta esclarecer que a contribuição da filosofia de Dilthey possibilitou a Heidegger adaptar e desenvolver a fenomenologia de Husserl, que se pautava na consciência do sujeito. A intencionalidade husserliana indica uma relação da consciência com seus objetos, representando, assim, um fenômeno psíquico do ser-aí. A intencionalidade heideggeriana não se baseia na consciência do sujeito, mas na existência do ser-aí, constituindo um fenômeno mais abrangente e originário do que a ideia de consciência tratada na filosofia husserliana. Assim, Husserl ainda se mantinha no horizonte de um pensamento subjetivista, em

que havia uma separação entre sujeito e objeto. Heidegger não só rompe com essa noção subjetivista que prevaleceu na tradição filosófica, pois a constituição ontológica fundamental do ser-aí é ser-no-mundo, como também coloca a existência fática e o passado como problemas filosóficos. Destarte, a investigação da existência fática cotidiana do ser-aí resulta em uma espécie de filosofia fenomenológica concreta, em que não há a tradicional dicotomia sujeito-objeto.

O fenômeno da facticidade tem conexão tanto com a existência fática quanto com o tempo do passado, como será demonstrado mais adiante em tópico próprio. Por ora, é oportuno ressaltar a relevância da ideia de facticidade para a tese, na medida em que não há juízes com facticidades iguais, já que ela é necessariamente singular para cada ser-aí. Com o exame minucioso dos elementos da abertura do ser-aí e dos fenômenos da facticidade e da existência, entre outros, ficará evidente o motivo pelo qual a filosofia de Heidegger foi estabelecida como ponto de partida para a construção de uma introdução a uma teoria da decisão judicial, bem como o traço transcendental da tese, que investiga especialmente, mas não exclusivamente, o que torna possível o comportamento humano de proferir uma decisão judicial. Realmente, toda decisão judicial é proferida por um juiz e todo juiz é um ser-aí. Os juízes não são máquinas, mas seres humanos que têm existência fática no mundo. Daí porque o pensamento heideggeriano é extremamente frutífero para desenvolver um exame do particular ser-aí que tem a tarefa de proferir decisões judiciais.

1.1. Toda decisão judicial é proferida por um ser-aí

Considerando que este trabalho tem como objetivo desenvolver uma introdução a uma teoria da decisão judicial, faz-se necessário realizar um exame amplo deste fenômeno no âmbito jurídico, o qual precisa considerar a pessoa que julga o processo judicial: o juiz. Um exame puramente jurídico não dá conta da complexidade do tema, tendo em vista que não é possível uma profunda compreensão da decisão judicial sem ponderar a constelação de fenômenos que a produz, vale dizer, é preciso explorar alguns fenômenos que tornam possíveis os julgamentos do Poder Judiciário. Se estudos restritos ao mundo do direito não são suficientes, a filosofia é fundamental para uma investigação abrangente, já que um estudo geral do fenômeno da decisão

judicial envolve o exame do ser-aí, da hermenêutica, da linguagem, da moral etc. Assim, as contribuições da filosofia são indispensáveis para um propício desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial. Embora *Ser e tempo* tenha por objetivo desenvolver um projeto de ontologia fundamental, este só é possível por meio da análise da existência do ser-aí, a qual representa um caminho necessário para tal empreitada, porque este ente sempre se movimenta em alguma compreensão prévia do sentido de ser, de forma que apenas o ser-aí pode perguntar e responder pelo problema do ser. Para realizar a tarefa de compreender o sentido do ser, Heidegger planeja três subprojetos, os quais estão necessariamente interligados: (i) hermenêutica da facticidade, (ii) analítica da existência e (iii) destruição[14] da história da ontologia.

A resposta à pergunta sobre o sentido do ser só é possível, caso se analise o ente que deve ser prévia e fundamentalmente interrogado em seu ser, ente este que sempre e necessariamente se relaciona com o que se questiona nesta questão. Daí porque na obra *Ser e tempo* é introduzida e desenvolvida a ideia do ser-aí*,* uma vez que este ente é o único que possibilita um projeto de ontologia fundamental. Como a destruição da história da ontologia não foi desenvolvida na forma esboçada por Heidegger[15], *Ser e tempo* remete basicamente à hermenêutica da facticidade e à

---

[14] O termo destruição adotado por Heidegger foi equivocadamente entendido por grande parte da tradição. A respeito do significado do vocábulo destruição no pensamento heideggeriano, Hans-Georg Gadamer escreve*:* "Sempre me vejo diante da necessidade de alijar aqui uma vez mais uma incompreensão muito difundida, que foi induzida pelas línguas europeias e que foi concomitantemente culpada pela má recepção de Heidegger no mundo: para o sentimento linguístico daqueles anos, 'destruição' não significava de maneira alguma 'dizimação', mas tinha em vista uma desconstrução com uma meta segura, uma desconstrução das camadas sedimentadas que, por fim, outrora como hoje, não vem ao encontro senão na língua realmente falada. O que estava em questão era, em outras palavras, a tarefa de se apropriar novamente ou descontruir a linguagem conceitual de toda história de pensamento que conduz do pensamento dos gregos, passando pelo latim da Antiguidade e da Idade Média cristã e pela sobrevivência dessa conceptualidade, até a formação do pensamento moderno e de suas línguas nacionais. Portanto, o que estava em questão era tratar desconstrutivamente a terminologia tradicional, a fim de reconduzi-la a experiências originárias." (*Hermenêutica em Retrospectiva.* Petrópolis. Editora Vozes, 2009, página 26, tradução de Marco Antônio Casanova)

[15] Sobre este assunto é oportuna a lição da filosofia austríaca Dorothea Frede, que afirma: "A destruição da história da ontologia prometida, como Heidegger tinha planeado incialmente, nunca foi levada a cabo. A parte II de Ser e tempo, a qual devia conter uma discussão da doutrina do esquematismo e do tempo de Kant, o fundamento ontológico do 'cogito sum' de Descartes, e o ensaio de Aristóteles sobre o tempo, como fornecendo uma maneira de discriminar a base e limites fenomenológicos da ontologia antiga, nunca apareceu e pode ser, no máximo, reconstruída a partir das suas últimas publicações. Parece claro que o tratamento da história em si não foi o obstáculo. Heidegger viu-se a si próprio cada vez mais perdido na maneira de completar a sua primeira tarefa, o sustentar o horizonte para uma interpretação do significado do ser enquanto tal, pois ele nunca publicou a divisão II da parte I de Ser e tempo perdida, a divisão que ele afirmou ter meramente retido

analítica da existência, tendo como alicerce o fenômeno do ser-aí. Este trabalho busca examinar o ser-aí que tem a incumbência de proferir decisão judicial. Diferentes reflexões serão exploradas a partir da analítica do ser-aí, confluindo para a elaboração de uma introdução a uma teoria da decisão judicial coerente e integrada, precisamente porque o ser-aí é o ente que unifica em si uma multiplicidade de fenômenos. O ser-aí é um ente que tem diversos modos de ser, mas um deles se destaca como estrutura fundamental: ser-no-mundo. Logo, este é o assunto inicial para explorar a ideia de existência do ser-aí.

1.2. A existência do ser-aí

O ponto de partida da análise do ser-aí consiste na interpretação da sua determinação ontológica fundamental de ser-no-mundo[16], que é uma constituição necessária *a priori*. Com este conceito Heidegger busca demonstrar que se trata de um fenômeno unitário, sinalizando uma unidade originária entre a existência e o mundo[17]. Todavia, o seu caráter indivisível não impede que a estrutura ser-no-mundo seja analisada por uma perspectiva tríplice: (i) "em-o-mundo", (ii) "ente" e (iii) "ser-em". No que concerne ao primeiro item, "em-o-mundo", estabelece-se a ideia de

quando foi forçado a publicar seu manuscrito mais cedo do que tinha planeado. Esta divisão devia trazer o reverso de Ser e tempo, isto é, Tempo e Ser". (*Poliedro Heidegger.* Lisboa, Instituto Piaget, 1993, página 81, tradução de João Carlos Silva)

[16] Heidegger declara, no livro *Introdução à filosofia*, que ser-aí significa ser-no-mundo: "Ser-aí não significa nada senão ser-no-mundo. Quando dizemos ser-aí e não estamos apenas enunciando uma palavra, mas compreendemos o que temos efetivamente em vista, já visamos ao ser-no-mundo." (...) "Ser-aí significa ser-no-mundo, e esse ser-no-mundo deve marcar o ser-aí como a estrutura essencial que lhe é própria." (*Introdução à filosofia.* São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, páginas 324 e 325, tradução de Marco Antônio Casanova)

[17] Com a ideia de ser-no-mundo, Heidegger visa suplantar o caráter subjetivo que vigorou no pensamento moderno, em que há uma divisão entre sujeito e objeto. Hans-Georg Gadamer diz, baseado em conversa com Heidegger: "Perguntei a Heidegger se a sua tentativa de superar o subjetivismo do pensamento moderno já não tinha sido afinal empreendida por Hegel. Heidegger respondeu: 'Com certeza, seus esforços iam nessa direção, mas faltava-lhe a possibilidade conceitual para se libertar da coercitividade do conceito greco-cartesiano de sujeito ou do conceito de consciência'. Tal como me parece, isso vale para muitos dos enunciados heideggerianos críticos acerca dos grandes pensadores da tradição, uma vez que ele reconheceu sem dúvida alguma neles o mesmo anseio, a mesma tarefa de pensamento, mas percebeu a falta das possibilidades conceituais para chegar a termo nesse anseio." (*Hermenêutica em Retrospectiva.* Petrópolis. Editora Vozes, 2009, página 18, Tradução de Marco Antônio Casanova)

mundanidade do mundo, investigando a sua estrutura ontológica. Mundanidade é um existencial (*Existenzial*[18]), sinalizando a armação de um momento constitutivo do ser-no-mundo. O segundo ponto de vista refere-se ao ente e diz respeito ao quem, relacionando-se, assim, ao ser-aí e ao impessoal *(das Man*), já que o ser-aí jogado no mundo não é apenas ser-si-mesmo, mas também ser-com. O ente é fenomenologicamente apresentado em sua cotidianidade mediana, sendo o impessoal um tipo de ente que tem relação com o ser-aí. Por fim, em relação à estrutura ontológica do ser-em, cabe destacar inicialmente que, além de fundamentar o ser junto (*Sein-bei*) e o ser-com (*mitsein*), ela é entendida de forma absolutamente distinta caso se trate de um ente intramundano ou um ser-aí. Além de ser-junto e ser-com, o ser-aí é também ser-si-mesmo (*Selbstsein*).

O ser-em remete inicialmente a uma ideia de inclusão, sugerindo um tipo de vínculo espacial entre entes extensos, de maneira que eles estariam em uma relação de inserção em um determinado espaço, como um carro está na garagem, a garagem na casa, a casa no bairro, o bairro na cidade, a cidade no país etc. Assim, a noção imediata quando se pensa no ser-em induz a uma ideia de “ser-dentro”. Heidegger deixa claro que o ser-em não deve ser compreendido como “ser-dentro”, porque se refere ao ser-aí, que é o único ente que tem a estrutura de ser-no-mundo. Consequentemente, o ser-em do ser-aí é diferente do ser-dentro dos entes intramundanos, já que diz respeito a um ente existente e que por isso tem uma relação peculiar com o mundo. Heidegger estabelece uma noção particular de ser-em ao considerá-lo como existencial, na medida em que o ser-aí é um ente que não está dentro do mundo, mas, sim, que mora no mundo[19], tendo com ele uma relação de

[18] Fausto Castilho traduz *Existenzial* como existenciário, ao passo que Marco Antônio Casanova e Márcia Sá Cavalcante traduzem como existencial. Não há nenhuma diferença significativa na tradução entre as palavras existenciário e existencial, mas apenas no uso que é dado, pois a distinção entre existenciário e existencial é utilizada em razão da diferença ontológica, isto é, se um tradutor adota a palavra existenciário do ponto de vista ontológico, a palavra existencial terá um sentido ôntico e vice-versa.

[19] Acerca da ideia de morar no mundo, Hans-Georg Gadamer diz: “Pois ‘morar’ também é efetivamente uma palavra para designar o fato de não nos encontrarmos diante dos objetos para dominá-los. Nós habitamos no habitual. No interior desse habitual também se acha a linguagem, algo em que vivemos, moramos e nos sentimos em casa. A palavra não é nunca como um sinal que estabelecemos e que, depois de prestar o seu serviço, afastamos, como se já a tivéssemos armazenada. Palavra e língua são aquilo com o que lidamos uns com os outros e com o mundo no qual estamos em casa – esse morar do qual Hegel já estava consciente ao empresar a bela expressão ‘encontrar sua moradia’ para descrever a tarefa vital humana. De maneira similar, Heidegger mostrou junto ao morar que a palavra não possui em torno de si um círculo daquilo que é dominado, mas um círculo daquilo que é familiar. É um espaço próprio que se abre aí – e um espaço

familiaridade. Há uma diferença ontológica entre o ser-em compreendido como existencial e o ser-em entendido como categorial, pois este último significa “estar dentro” de outro ente. Categorial é uma determinação ontológica de todos os entes que não possuem existência, porque estão dentro do mundo[20], ao passo que existencial é uma determinação ontológica exclusiva do ser-aí, que é ser-no-mundo e por isso habita o mundo. Dizendo de outro modo: o ser-em como categorial representa uma ideia de inclusão, visto que há uma inserção de um ente em outro, ao passo que o ser-em como existencial aponta para um envolvimento, na medida em que o ser-aí adquire familiaridade com mundo.

O primeiro trato do ser-aí com o mundo ao ser nele jogado é de ocupação (*Besorgen*). A estrutura ser-no-mundo significa, entre outras coisas, que o ser-aí inevitavelmente se encontra no mundo com outros entes que têm ou não o caráter do ser-aí e que a ocupação não é dependente de qualquer comportamento inicialmente voluntário, isto é, o ser-aí não escolhe ser jogado no mundo, não decide por iniciar a sua existência. Porém, a partir do momento em que é jogado, a primeira lida do ser-aí com o mundo não é de conhecimento, não é de trato teórico, mas sim de ocupação, o que sinaliza uma relação, inicialmente e na maioria das vezes, prática com o mundo. Ao ocupar o mundo o ser-aí encontra diversos entes intramundanos, os quais são classificados por Heidegger em dois tipos: entes à mão (*Zuhandenheit*[21]) e entes presentes à vista (*Vorhandenheit*[22]), considerada aqui a palavra visão em sentido

---

no qual nunca estamos sozinhos. Não apenas porque estamos aí tão frequentemente com outros homens. Sempre estamos antes de tudo envolvidos pelos rastos da própria vida e preenchidos pela totalidade de nossas lembranças e esperanças.” (*Hermenêutica em retrospectiva.* Petrópolis. Editora Vozes, 2009, página 37, tradução de Marco Antônio Casanova)

[20] Heidegger diz: “Esses entes, cujo ser-‘em’- um-outro pode ser assim determinado, têm todos eles o mesmo modo-de-ser da subsistência como coisas que ocorrem ‘no interior’ do mundo. A subsistência ‘em’ um subsistente, a cossubsistência com algo do mesmo modo-de-ser, no sentido de uma determinada relação-de-lugar são caracteres ontológicos que denominamos *categoriais* e que pertencem ao ente cujo modo-de-ser não é conforme ao do *Dasein*.” (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 171 e 173, tradução de Fausto Castilho)

[21] Márcia Sá Cavalcante traduz *Zuhandenheit* como manual e Fausto Castilho como utilizável. Preferimos a tradução de Marco Antônio Casanova de *Zuhandenheit* como ente à mão, pois exprime melhor a ideia de proximidade dos utensílios em relação ao ser-aí. Nesse sentido, Heidegger diz: “O utilizável do trato cotidiano tem o caráter do *próximo* [*Nahe,* perto]. Bem considerada, a proximidade do instrumento já é significada no termo que, em alemão, expressa o seu ser, “*Zuhandenheit*” [“ser à mão”].” (*Ser e tempo.* Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 301, tradução de Fausto Castilho).

[22] Márcia Sá Cavalcante traduz *Vorhandenheit* como ente simplesmente dado e Fausto Castilho como ente subsistente. Preferimos a tradução de Marco Antônio Casanova como ente presente à vista, na

amplo. Como o ser-aí tem inicialmente uma relação de uso com os entes intramundanos, Heidegger os denomina como utensílios (*Zeug*[23]). Estes são diferentes dos entes presentes à vista, que apontam para um trato teórico e por isso prepondera o olhar – em sentido amplo – do ser-aí em relação a estes entes que não são utensílios.

É fácil perceber como a relação do ser-aí com os entes intramundanos é de um trato prático, não só inicialmente, mas predominantemente em sua cotidianidade, já que uma relação teórica se dá ocasionalmente. Não é difícil imaginar diversos entes intramundanos que grande parte dos entes dotados do caráter de ser-aí não tem a mínima ideia, do ponto de vista teórico, de como são feitos, produzidos, sua origem, seus limites, seus perigos etc., mas sabe utilizar tais entes em sua existência cotidiana. Pode-se trazer como exemplos, utensílios como telefone celular, computador, carro, avião, relógio, televisão, geladeira, bem como os utensílios que constituem os materiais de que são feitos, tais como plástico, vidro, borracha, madeira, alumínio, aço etc. Dessa maneira, mesmo sem ter conhecimentos teóricos específicos sobre os entes intramundanos que descobre em sua cotidianidade, o ser-aí os utiliza regularmente, tendo uma relação predominantemente prática com eles. A respeito do trato teórico do ser-aí com o mundo, importa esclarecer que uma visão puramente teórica não é capaz de descobrir o ente à mão. O olhar teórico, que seria algo como uma visão diretiva (*Hinsicht*), afasta a visão originária do ser-aí*,* que não foca em

---

medida em que representa uma melhor ideia de contraposição ao ente à mão (*Zuhandenheit*), já que não se trata de um ente que é objeto de uso pelo *Dasein*, em que há uma relação prática, porquanto, no que atine a tais entes, predomina um olhar do ser-aí, um dado comportamento teórico.

[23] Fausto Castilho e Marcia Sá Cavalcante traduzem a palavra *Zeug* como instrumento, ao passo que Marco Antônio Casanova traduz como utensílio. Sobre a tradução de *Zeug*, confira-se a explicação em nota de rodapé do livro de Marco Antônio Casanova: "36. De uma maneira para mim completamente incompreensível, as duas traduções brasileiras de *Ser e tempo* traduzem o termo alemão *Zeug* por instrumento, causando uma série de dificuldades de leitura. *Zeug* é uma palavra com um campo semântico bastante abrangente. Ela designa pura e simplesmente tudo aquilo que cai sob o conceito de uma coisa de uso: um botão, um zíper, uma janela, um papel de enrolar cigarro, uma xícara, um tubo de massa expansiva etc. Dificilmente, porém, alguém teria a ideia de pensar esses utensílios como instrumentos. Exatamente por isto, optamos por não seguir tal tradução. Instrumento (*Werkzeug*) é apenas um tipo de utensílio, nunca único ou por excelência." (*Mundo e Historicidade: Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo – Volume 1 – Existência e mundaneidade*. Rio de Janeiro. Via Verita Editora, 2017, páginas 64 e 65). Adotaremos as duas palavras no decorrer do trabalho, pois, quando tratarmos especificamente de questões relativas às decisões judiciais, o termo instrumento será mais adequado do que a palavra utensílio, isto é, falaremos de decisão judicial como instrumento, de normas jurídicas como instrumento, de processo judicial como instrumento etc., na medida em que a palavra instrumento é mais comum e apropriada do que o termo utensílio no mundo jurídico.

nenhum ponto específico. Essa visão originária do ser-aí é denominada por Heidegger de circunvisão (*Umsicht*) e está relacionada a uma pluralidade referencial. A teoria implica um rompimento com a cadeia remissa utensiliar, porque o que está em jogo neste caso não é mais o uso, mas o exame isolado do próprio utensílio. Heidegger escreve:

> O trato com instrumento se subordina à multiplicidade-de-remissão do "para algo". O ver de um tal juntar é o *ver-ao-redor*. O comportamento "prático" não é ateórico" no sentido de ser desprovido-de-visão, e sua diferença em relação ao comportamento teórico não reside somente em que aqui se considera e lá *se age* e, para não permanecer cega, a ação emprega conhecimento teórico, pois o considerar é tão originariamente um ocupar-se quanto o agir tem *sua* visão. O comportamento teórico é um puro olhar-para que não vê-ao-redor.[24]

Quando há algum trato teórico do ser-aí em relação a algum ente, necessariamente há uma ruptura em sua rede referencial, não havendo neste caso o uso do ente e nem a circunvisão do ser-aí. Porém, o que predomina na cotidianidade do ser-aí é a lida prática com os entes à mão. O trato prático do ser-aí com os utensílios é possível em razão da rede referencial destes. Ao se deparar com um utensílio, o ser-aí já tem previamente aberto um campo de sua manifestação e de uma totalidade utensiliar em razão da sua circunvisão. A característica de remetimento dos utensílios não diz respeito somente aos outros utensílios, mas também aos materiais de que são feitos. Por exemplo, uma cadeira não remete somente a algo como uma mesa, escrivaninha, cozinha, sala, escritório etc., mas também ao material de que é produzida (madeira, ferro, plástico etc.). Os utensílios necessariamente remetem a outros utensílios, porque não são autossuficientes. O todo utensiliar implica uma totalidade de conformação (*Bewandtnis*[25]), a qual indica o ser dos utensílios[26], que remete a uma ideia de ser para algo (*etwas um zu*), isto é, todo utensílio é algo para algo e precisamente por isto o utensílio nunca é isoladamente, mas é somente a partir

---

[24] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 213 e 215, tradução de Fausto Castilho.

[25] A palavra *Bewandtnis* é traduzida como conjuntação por Fausto Castilho, conjuntura por Marcia Sá Cavalcante e conformação por Marco Antônio Casanova. Adota-se aqui a tradução deste último, que sinaliza uma ideia de configuração, de estrutura da cadeia remissa, de organização das redes referenciais, explicitando, assim, um significado mais adequado ao termo *Bewandtnis*.

[26] Heidegger afirma: "O caráter-de-ser do utilizável é a *conjuntação*. Na conjuntação, deixa-se que algo fique voltado para junto de algo. A relação do 'com... junto...' deve ser indicada pelo termo 'remissão'. Conjuntação é o ser do ente do interior-do-mundo, em relação ao qual esse ente já é de pronto cada vez posto-em-liberdade." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 251, tradução de Fausto Castilho)

de uma vinculação com outro utensílio. As redes referenciais derivadas do ser dos utensílios geram significância para o ser-aí, isto é, abrem significados para o ser-aí. Dessa maneira, o que algo significa não é algo que se constitui subjetivamente pelo ser-aí, mas como se apresenta no mundo, em sua rede de referências, relativa a uma totalidade utensiliar. A significância é gerada porque o ser-aí mora no mundo, tendo com ele familiaridade. Heidegger afirma:

> *O Dasein, em sua familiaridade com a significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de poder ser descoberto o ente que vem-ao-encontro em um mundo no modo-de-ser do conjuntar-se (utilizabilidade) e que pode, assim, anunciar-se em seu em-si.* O *Dasein* é, como tal, cada vez "este" e, com seu ser, fica já essencialmente descoberta uma conexão-de-utilizável – o *Dasein,* na medida em que é, já se remeteu cada vez a um "mundo" que vem-de-encontro; a seu ser pertence essencialmente esse *ser-remetido.* Mas a significatividade ela mesma, com que o *Dasein* já está cada vez familiarizado, traz consigo a condição ontológica da possibilidade de que o *Dasein* que-entende possa abrir, como interpretante, algo assim como "significações", as quais por sua vez fundam novamente o ser possível da palavra e da língua. A significatividade aberta, como constituição existenciária do *Dasein*, do seu ser-no-mundo, é a condição ôntica da possibilidade de poder-ser-descoberta uma totalidade de conjuntação.[27]

O ser-aí se depara com utensílios ao ocupar o mundo que remetem a outros formando relações de remetimento, as quais geram significância. É preciso destacar que os utensílios que o ser-aí encontra em sua cotidianidade têm crucial importância para o desenvolvimento da noção heideggeriana de mundo, permitindo que o mundo apareça como seu campo de manifestação, vale dizer, mundo é o horizonte de manifestabilidade dos entes, de forma que o descerramento do mundo está vinculado ao descerramento dos entes. Como o mundo é o espaço de aparição dos fenômenos para o ser-aí, o mundo indica uma totalidade significativa, que decorre do caráter referencial dos utensílios. Em *Ser e tempo*, Heidegger concatena a noção de mundo com a ideia de totalidade significativa, mas como ele tem uma historicidade, o mundo representa uma totalidade de significados historicamente constituída, articulada por sentidos[28].

---

[27] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 261, tradução de Fausto Castilho.

[28] A noção de mundo desenvolvida por Heidegger em *Ser e tempo* implica num rompimento com a noção tradicional de mundo, especialmente a concepção cartesiana de mundo como *res extensa*. De fato, para Descartes mundo concatena-se com a ideia de substância, visto que se revela como um ente corpóreo (*res corporea*). Por sua vez, substâncias são caracterizadas por terem propriedades, sendo que possuem um atributo essencial sem o qual, não seriam elas mesmas, qualidade esta que permanece sempre constante na substância. No caso da *res corporea*, Descartes afirma que seu atributo fundamental é a extensão. Ora, para Heidegger, mundo não se revela como uma coisa

A remissão dos entes à mão não se dá somente a outros utensílios, mas também ao ser-aí. Qualquer utensílio faz necessariamente referência ao ser-aí. Se o traço ontológico dos utensílios é “ser para algo”, a remissão ao ser-aí se dá porque toda rede de remetimento tem um *para-que* preferencial. Este *para-que* primário significa de fato um *em-virtude-de*, na medida em que toda conformação é em vista do ser-aí[29]. Esse complexo de remissões vincula-se a uma totalidade utensiliar, que sempre se dá em um campo de manifestação. A circunvisão do ser-aí abre previamente esse espaço de manifestação no trato com os utensílios.

Os entes intramundanos que vêm ao encontro do ser-aí são por ele descobertos em razão de sua abertura, uma vez que possui a constituição ontológica de ser-no-mundo. A abertura, que é um modo de ser fundamental do ser-aí, é constituída pela compreensão (*Verstehen*), disposição (*Befindlichkeit*) e discurso (*Rede*). E como todo ser-aí jogado no mundo é por ele infalivelmente abrangido, sendo sempre absorvido por um determinado mundo fático em que há o impessoal, a decadência (*Verfallen*) também constitui um dos componentes da abertura do ser-aí. Portanto, são realmente quatro os elementos originários da abertura do ser-aí: compreensão, disposição, discurso e decadência. Estes componentes pertencem a todo ser-aí, já que integram a estrutura *a priori* e fundamental de ser-no-mundo, sendo denominados existenciais. O exame dos elementos da abertura do ser-aí, além de ser necessário para entender este ente, é essencial para apreender a constelação de fenômenos que torna possível a produção de uma decisão judicial. Destarte, é preciso investigar os quatro componentes da abertura do ser-aí em tópicos individualizados. Todavia, antes de analisar especificamente cada elemento da abertura do ser-aí, é importante averiguar a facticidade do ser-aí e o mundo em que este ente tem sua existência cotidiana.

---

extensa, mas como o lugar em que os entes intramundanos se manifestam, gerando significados ao ser-aí, que nele habita por ser um ente que tem existência.

[29] Nesse sentido, Heidegger escreve: “Mas a totalidade-da-conjuntação ela mesma retrocede por último a um para-quê, junto ao qual *não há* conjuntação, pois já não se trata de um ente do modo-de-ser do utilizável do interior de um mundo, mas de um ente cujo ser é determinado como ser-no-mundo, a cuja constituição-de-ser pertence a mundidade ela mesma. Esse para-quê primário não é nenhum para-isto como possível junto-a de uma conjuntação. O “para-quê” primário é em vista-de-quê. Mas o “em-vista-de” concerne sempre ao ser do *Dasein*, para o qual, em seu ser, está essencialmente *em jogo* esse ser ele mesmo.” (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 251 e 253, tradução de Fausto Castilho)

1.2.1. A facticidade do ser-aí

A concepção de facticidade tem uma abrangência semântica que não se reduz simplesmente a uma ideia de vida fática, porque diz respeito, especialmente, aos processos históricos geradores de significados ao ser-aí em seu mundo fático, em que são solidificados vagarosamente seus campos de possibilidades. Logo, o conceito de facticidade aponta para o horizonte temporal do passado, mas deve ser entendido como um passado que propriamente não passa, como se fosse um tipo de "passado vivo", pois não somente modula o horizonte do presente, mas também pode ser sempre retornado pelo ser-aí. Realmente, o ser-aí pode incessantemente retomar o seu passado, articulando novos projetos de sentido, os quais, consequentemente, abrem novos campos de possibilidades. A facticidade indica uma conexão do ser-aí com a sua tradição, de forma que esta pode sempre ser questionada. O relacionamento do ser-aí com a sua tradição é um fenômeno em constante desenvolvimento. A facticidade, embora remeta ao tempo passado, está em contínua formação, ressoando incessantemente no presente do ser-aí. Precisamente porque Heidegger não pensa o passado como algo que puramente passou e morreu, ele não se utiliza dos termos em alemão "*vergangen*" ou "V*ergangenheit*", que significam "passado" e "o passado", mas a palavra *Gewsenheit*, que é de difícil trasladação, sendo traduzida como ser-do-sido[30], vigor de ter sido[31], ter sido[32] ou passado vivo[33]. Portanto, a facticidade sinaliza, de um lado, a existência concreta do ser-aí que acontece sempre em contextos fáticos e, de outro lado, que os fatos da existência não passaram simplesmente, mas que estão "vivos" no presente articulando os campos de sentidos e os campos de possibilidades do ser-aí.

A facticidade do ser-aí é um limite intransponível para a existência desse ente. As possibilidades do ser-aí são as possibilidades de seu mundo. O que é possível

---

[30] Fausto Castilho (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014)

[31] Márcia Sá Cavalcante (*Ser e tempo*. Petrópolis, Editora Universitária São Francisco e Editora Vozes, 2016)

[32] Marco Antônio Casanova (*Mundo e Historicidade – Leituras Fenomenológicas de Ser e tempo – Volume 2: tempo e historicidade*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2019)

[33] Michael, Inwood. *Dicionário Heidegger.* Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1999, página 140, tradução de Luísa Buarque de Holanda.

para o ser-aí é somente articular a sua facticidade. Isso significa que o ser-aí pode apenas manejar os sentidos e as possibilidades que derivam de sua facticidade, mas jamais transcendê-la. Como o ser-aí não pode superar a sua facticidade, pode apenas compreender e interpretar de maneira própria ou imprópria as suas possibilidades, mas nunca criar sentidos e possibilidades para além do seu mundo fático. A concepção de facticidade remete a uma singularidade de cada ser-aí, na medida em que as condições fáticas da existência de qualquer ser-aí são particulares e essa exclusividade existencial não foi escolhida e nem pode ser anulada. A facticidade é um fenômeno anterior à vontade e à capacidade racional do ser-aí e está continuamente influenciando a existência deste ente, de maneira que não há algo antecedente que a fundamente na cotidianidade do ser-aí. Daí porque a facticidade ocorre para além de qualquer determinação, arbítrio ou racionalização do ser-aí. Todos os projetos de sentido deste ente são oriundos de sua facticidade, de forma que ela possui um caráter performático que constitui a existência do ser-aí[34].

Neste momento cabe fazer, por oportuno, uma breve menção à presente teoria que será desenvolvida no decorrer deste trabalho. Em razão de o presente trabalho ter como tema a decisão judicial, importa aqui o específico ser-aí que tem a tarefa de julgar. Como cada juiz não tem como superar sua facticidade, o ato de proferir uma decisão judicial envolve sempre, de um lado, a singularidade de cada juiz, em virtude de sua incomparável facticidade, e, de outro lado, a universalidade do direito, composta, entre outros fenômenos, por normas jurídicas gerais. Nesse sentido, o ato de decidir judicialmente apresenta sempre uma relação entre a particularidade da existência fática de cada juiz e a universalidade do direito. A decisão judicial nunca se limita a um mero pensamento racional do juiz sobre um dado caso concreto, na

[34] Nesse sentido, é apropriado expor o ensinamento do filósofo alemão Günter Figal acerca da facticidade: "Facticidade, assim encontramos formulado em Heidegger, 'é a designação de 'nosso' 'próprio' ser-aí'. E, como Heidegger acrescenta, a expressão significa mais exatamente '*a cada vez* esse ser-aí', de tal modo que o ser-aí 'nunca' seria dado 'primariamente como *objeto* da intuição', mas estaria 'aí para ele mesmo' no 'como de seu ser mais próprio'. Neste caso, o ser precisa ser entendido, 'transitivamente', como 'ser a vida fática'. Portanto, a vida fática, à medida que é vivida; o ser possui 'o caráter de realização'; é a realização da vida e não algo que se descerra para o 'sentido relacional' do 'elemento teórico' como 'objeto'; a peculiar clareza e atualidade da vida são muito mais 'um sentido performático'. Elas não resultam de uma visão sobre a vida, mas são executadas na própria vida. Essa ideia poderia ser certamente compreendida como se estivéssemos nos referindo aí enfaticamente à impossibilidade de fundamentação e de derivação da vida; se a vida possui essencialmente um sentido performático, então não há nada que remonte a um ponto atrás dessa performance." (*Oposicionalidade – O elemento hermenêutico e a filosófica*. Petrópolis, Editora Vozes, 2007, páginas 21 e 22, tradução de Marco Antônio Casanova).

medida em que há sempre uma constelação de fenômenos em um julgamento judicial que transcende uma simples visão dicotômica entre juiz e caso concreto. A transcendência relativa à decisão judicial é analisada no decorrer deste trabalho com base na analítica do ser-aí de Heidegger.

Retomando o fio da exposição, cabe ressaltar o domínio dos significados na existência do ser-aí estabelecidos pela facticidade, de forma que toda compreensão é sobre fenômenos e seus respectivos significados já estabelecidos em um dado mundo fático[35]. Se a compreensão do ser-aí é sempre carregada de historicidade, ocorrendo necessariamente em uma dada tradição, a sua intepretação opera do mesmo modo, visto que ela é imanente à compreensão. Daí porque Heidegger concebe em *Ser e tempo* a ideia de estruturas prévias da interpretação, porque qualquer reflexão sobre assuntos filosóficos – jurídicos e científicos em geral – sempre pressupõe suportes interpretativos anteriores. Assim, Heidegger cria os conceitos de (i) posição prévia (*Vorhabe*), (ii) visão prévia (*Vorsicht*) e (iii) concepção prévia (*Vorgriff*). Estas bases da interpretação são indissociáveis da facticidade do ser-aí. Por conseguinte, é importante neste momento examinar de forma breve e introdutória as estruturas prévias interpretativas em concatenação com a facticidade do ser-aí, análise essa que será retomada mais à frente no tópico concernente à interpretação do ser-aí.

A facticidade implica sempre uma situação espaço-temporal do ser-aí e dos entes com os quais ele lida ao ocupar com o mundo. Situação temporal remete a uma situação histórica. A ideia de posição prévia sinaliza que o ser-aí e a questão por ele tratada já sempre se encontram em uma determinada situação hermenêutica, de

[35] Sobre o tema da facticidade, é conveniente trazer a lição do filósofo brasileiro Marco Antônio Casanova: “Não há aqui como contornar a facticidade do mundo que é o nosso; e isto não porque ela definiria a nossa postura em relação às coisas e funcionaria como um matiz de ordem espiritual em nossa ligação com o todo, mas porque ela perpassa originariamente o horizonte mesmo a partir do qual os entes se mostram como os entes que são. Esse horizonte possui, além disto, um caráter histórico sedimentado. Ele não se determina de maneira lógico-transcendental a partir das relações imanentes à consciência pura, mas se constrói historicamente a partir de decisões de pensamento que vão paulatinamente determinando o que se mostra ou não como dotado de sentido. Levando em conta o exemplo mesmo utilizado por Heidegger, o que se denomina filosófico, assim como os termos de acordo com os quais problemas considerados filosóficos são levantados não nasce nunca de uma análise puramente lógica. Ao contrário, tanto a designação de algo como filosófico quanto o modo de colocação dos problemas filosóficos em geral depende das estruturas fáticas que foram sendo lentamente decididas no interior da tradição. Se desconsiderarmos uma tal dependência, o que fazemos é simplesmente assumi-las como óbvias. Assim, elas se inserem sub-repticiamente em nossas reflexões e nos enredam em modos correntes de consideração que impedem um tratamento originário dos fenômenos.” (*Compreender Heidegger*. Petrópolis. Editora Vozes, 2015, página 47)

modo que nunca há uma partida do zero para lidar com algo, ou seja, tanto o ser-aí quanto o ente a ser compreendido têm uma historicidade, que revelam certos traços que permitem a interpretação a partir de uma dada posição. Como os fenômenos se manifestam em cadeias remissivas, a posição prévia aponta para o lugar do ente na rede referencial. Essa posição na rede de remissões é sempre determinada historicamente. A facticidade do ser-aí não apenas tem relação com a posição prévia da interpretação, mas também com a visão prévia, uma vez que possibilita ao ser-aí diferentes perspectivas hermenêuticas de lida com o ente. Como a visão prévia aponta para o ponto de vista hermenêutico do ser-aí, ela se conecta com a facticidade na medida em que esta produz possibilidades para o ser-aí, gerando para ele possibilidades de distintas visões. A facticidade também se concatena com a concepção prévia, pois os significados do ser-aí derivam sempre de seu mundo fático. Logo, todo campo de sentido aberto pelo ser-aí tem como base a significância atinente à sua facticidade, razão pela qual as possiblidades interpretadas pelo ser-aí só são abertas a partir dos fenômenos geradores de significados, os quais ocorrem em sua existência fática cotidiana, ou seja, sem facticidade não há conceitos prévios para o ser-aí.

Em relação a um dos pontos desta tese, insta esclarecer que certas estruturas prévias interpretativas relativas ao fenômeno da discricionariedade judicial apontam para considerá-la como algo inevitavelmente ruim, sendo assim algo a ser evitado e a ser eliminado no mundo do direito. Consequentemente, desenvolvem-se teorias jurídicas para acabar com a discricionariedade judicial. No entanto, estas teorias estão fadadas ao fracasso, uma vez que partem de bases prévias de intepretação equivocadas a respeito do assunto, que não conseguem ver corretamente o fenômeno originário da discricionariedade judicial. De fato, na medida em que se permanece sob o domínio de tais estruturas interpretativas, não se alcançam os fenômenos originários para os quais diversos problemas remetem. Como a existência do ser-aí se articula com a facticidade, a qual estabelece significados que são sedimentados paulatinamente, a destruição da história da ontologia pensada por Heidegger seria o caminho para desconstruir as camadas solidificadas historicamente pela tradição. Como cada juiz tem a sua facticidade, cada juiz tem a sua rede referencial geradora de significância, que serve de alicerce para as suas interpretações. De fato, é na facticidade de cada juiz que vão se construindo as redes de significados jurídicos, vale dizer, os suportes prévios da interpretação de um juiz no mundo do direito decorrem

da sua facticidade. A compreensão de mundo do ser-aí se conecta com essa significância historicamente constituída no seu mundo fático. A destruição pensada por Heidegger traz este aspecto positivo, relativo à possibilidade de retorno aos fenômenos originários, aos campos originários de surgimento dos conceitos jurídicos.

O ser-aí absorvido em seu mundo fático cotidiano tem sempre determinadas formas de compreensão e interpretação dos fenômenos, mediadas pela tradição. A tradição encobre o acesso ao dar-se originário dos entes em seu horizonte de manifestação. A facticidade baliza as possibilidades de compreensão e interpretação do ser-aí, a partir dos significados lentamente constituídos ao longo da história, o que afasta, portanto, a ideia de que os conceitos filosóficos – ou jurídicos – são frutos de um mero subjetivismo, de uma pura interioridade do ser-aí. Realmente, toda e qualquer reflexão teórica do ser-aí já pressupõe o seu mundo fático como alicerce originário de seus significados, pois o seu mundo constitui o horizonte de manifestação dos entes e, consequentemente, o lugar de surgimento dos significados e das palavras. A ideia de facticidade é fundamental para este trabalho, motivo pelo qual ela será abordada em todos os capítulos e em relação a diferentes assuntos.

1.2.2. O mundo circundante

Em razão da polissemia da palavra mundo, é preciso esclarecer que a principal noção do termo adotada em *Ser e tempo* remete ao morar do ser-aí[36], vale dizer,

[36] Heidegger diz: “Pode-se desfazer a confusão dessa polissemia pela indicação dos fenômenos visados nas diversas significações e pela conexão entre eles: 1. Mundo é empregado como conceito ôntico e significa então o todo do ente que pode subsistir no interior do mundo. 2. Mundo tem função de termo ontológico e significa o ser do ente referido no nº 1. E, sem dúvida, ‘mundo’ pode se tornar o termo que designa uma região abrangendo cada vez uma multiplicidade de entes: por exemplo, ao falar do ‘mundo’ do matemático, mundo significa a região dos possíveis objetos da matemática. 3. Mundo pode ser entendido por sua vez em um sentido ôntico, mas agora não como o ente que não é por sua essência o *Dasein* e que pode vir-de-encontro no interior-do-mundo, mas como ‘aquilo *em que*’ vive um *Dasein* factual como tal. Mundo tem aqui uma significação existencial pré-ontológica. E, aqui, apresentam-se de novo diversas possibilidades: mundo significa o ‘público’ mundo-do-nós ou o mundo-ambiente ‘próprio’ e mais próximo (doméstico). 4. Mundo designa, finalmente, o conceito ontológico-existenciário da mundidade. A mundidade é ela mesma modificável nos respectivos todos estruturais cada vez próprios dos distintos ‘mundos’ particulares, mas contém em si o a priori da mundidade em geral. Tomamos a expressão mundo terminologicamente na acepção fixada no nº 3. Se for empregada ocasionalmente no sentido dado do nº 1, estará entre aspas.” (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 201 e 203, tradução de Fausto Castilho)

mundo aponta para o lugar onde habita o ser-aí em algum momento histórico. Frisou-se acima que o primeiro trato do ser-aí com o mundo ao ser nele jogado é de ocupação, por meio da qual ele tem predominantemente comportamentos práticos com os utensílios. A circunvisão do ser-aí possibilita compreender o caráter remissivo dos utensílios, gerando uma totalidade referencial e, consequentemente, significância. As palavras surgem nesse contexto de remissão. Assim, o ser-aí tem familiaridade com os fenômenos que se manifestam no mundo, os quais geram significados e sentidos. A relação do ser-aí com o mundo é diversa de qualquer outro ente, porquanto a sua estrutura é de ser-no-mundo, o que significa que o ser-aí mora no mundo. Entretanto, o ser-aí não habita qualquer mundo, mas o seu mundo mais próximo e familiar, o qual é denominado por Heidegger como mundo circundante (*Unwelt*[37]). Mundo circundante não representa outro mundo, mas, sim, o próprio mundo que o ser-aí tem a sua existência fática cotidiana.

As possibilidades do ser-aí são as possibilidades do seu mundo, pois sendo, o ser-aí é o seu aí. O mundo determina não somente o que é possível para o ser-aí, mas também como é possível para o ser-aí. Deveras, o ser-aí é um ente indeterminado ontologicamente, uma vez que tem de ser para ser, ou seja, o ser-aí só é, sendo. A ideia de indeterminação ontológica indica que o ser-aí não tem uma organização ou uma direcionalidade prévia, de forma que ele só se organiza e se direciona por meio de sua existência fática. Ocorre que todas as determinações de ser do ser-aí são determinações dadas pelo seu mundo. Heidegger pensa existir como ek-sistir, considerando, assim, seu sentido etimológico, de forma que a noção de existência é indissociável da ideia de intencionalidade, ou seja, a existência do ser-aí é sempre para fora, move-se para fora, é um estar fora etc. Logo, como a existência é intencional, o seu correlato é o seu espaço existencial: mundo. E como o ser-aí é indeterminado ontologicamente, pois é um ente dotado do caráter de poder-ser e não de atributos quididativos, o ser-aí tem de ser para ser. Somente no mundo, por meio das relações com os entes, que o ser-aí encontra sentidos para ser. De fato, por não ter determinação ontológica originária, o ser-aí precisa encontrar sentidos em algum

[37] Fausto Castilho traduz a palavra *Unwelt* como mundo ambiente. Adota-se aqui *Unwelt,* todavia, como mundo circundante, seguindo assim em relação a esta palavra a tradução de Marco Antônio Casanova e Márcia Sá Cavalcante. Prefere-se a expressão mundo circundante ao invés de mundo ambiente, porque exprime melhor a ideia do mundo mais próximo e imediato do ser-aí, do mundo que o cerca.

lugar, já que por si só não é possível. É precisamente no mundo que o ser-aí encontra direções para ser, para se determinar ontologicamente. Portanto, como o movimento inicial da existência implica inevitavelmente uma absorção no campo existencial, o mundo é a instância que fornece orientações quanto aos modos de ser do ser-aí. O mundo, além de ser o lugar da existência do ser-aí, é também constituído por história, vale dizer, tudo o que se manifesta para o ser-aí no mundo é carregado de tradição. Heidegger diz:

> o *Dasein* não tem somente a propensão para cair em seu mundo, no qual ele é, e para se interpretar a partir do que é por este refletido, mas para a um só tempo decair dentro de sua tradição, mais ou menos expressamente apreendida. Esta lhe subtrai a própria conduta, o perguntar e o escolher. O que vale e não por último, *para o* entendimento, e o seu possível desenvolvimento, que tem raízes no ser mais-próprio do *Dasein*: o entendimento ontológico. A tradição que assim se faz dominante, em vez de tornar acessível de pronto e no mais das vezes o que ela "transmite", ao contrário, encobre-o. Ela transmuda o que a tradição legou em um-poder-ser-entendido-por-si-mesmo, obstruindo o acesso às "fontes" originárias nas quais as categorias e os conceitos transmitidos foram hauridos em parte de modo autêntico. A tradição faz mesmo que essa origem seja em geral até esquecida. Faz que se entenda dificilmente a necessidade de um tal retorno. A tradição erradica do *Dasein* tão amplamente sua historicidade que ele já se move somente no interesse pela multiplicidade de possíveis tipos, correntes e pontos-de-vista do filosofar, em culturas as mais distantes e as mais estranhas e, com esse interesse, procura encobrir sua falta de solo próprio.[38]

O mundo circundante é pautado por espaço e tempo. Toda e qualquer orientação do ser-aí no mundo se dá a partir do seu mundo circundante, no interior do qual algo aparece como algo, configurando-se, assim, o campo fenomênico mais imediato do ser-aí, por meio do qual ele obtém significados e sentidos. Diferentes mundos circundantes geram distintos horizontes de sentidos sedimentados para o ser-aí. O ser-aí compreende tudo inicialmente a partir de seu mundo circundante, o qual não tem delimitações físicas, porque diz respeito ao espaço com o qual o ser-aí está familiarizado em sua cotidianidade. Realmente, um ser-aí pode conviver com outros no mesmo espaço físico e ainda assim possuir mundos circundantes distintos, na medida em que tiverem diferentes relações em sua existência fática. A concepção de mundo circundante, portanto, não é resultado da noção de espaço físico, mas da ideia de existência fática cotidiana do ser-aí.

---

[38] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 83 e 85, tradução de Fausto Castilho.

O caráter remissivo dos utensílios gera uma totalidade utensiliar que tem como consequência uma significância para o ser-aí, de maneira que é a partir dos entes intramundanos que o fenômeno do mundo se torna manifesto para o ser-aí. Logo, o mundo circundante está relacionado aos entes à mão da cotidianidade do ser-aí, tais como seu quarto, escritório, casa, rua, bairro, cidade, parque, escola, clube etc. Entrementes, importa esclarecer que a noção de mundo circundante não se confunde com o conceito de região desenvolvido por Heidegger, porque mundo circundante envolve necessariamente diversas regiões do ser-aí. Deveras, a casa como instrumento, por exemplo, remete a uma pluralidade de regiões do ser-aí (regiões da cozinha, da sala, do escritório, dos quartos etc.), mas não à totalidade de seu mundo circundante, pois além de sua casa o ser-aí pode frequentar outras regiões em sua cotidianidade (universidades, clubes, escritórios, shoppings, parques, academias etc.). Por sua vez, mantendo-se no exemplo acima da casa, cada ser-aí pode ter diferentes mundos circundantes, mesmo habitando a mesma região, já que os utensílios permitem a expansão do mundo circundante. Heidegger deu como exemplo o rádio à época de *Ser e tempo*[39]. Se tomarmos a internet como exemplo de um utensílio mais adequado aos tempos atuais, é fácil constatar os diferentes mundos circundantes de distintos membros de uma família que residem em uma mesma casa. Pode-se indicar como exemplo um pai que usa a internet para trabalhar, um filho adulto que usa a internet para manter um relacionamento amoroso à distância, uma criança que usa a internet como entretenimento etc.

Em seu mundo circundante, o ser-aí se depara com diferentes tipos de entes intramundanos. Todavia, diferentemente dos entes intramundanos que são entes presentes à vista, os entes à mão só permanecem no mundo circundante do ser-aí. E essa relação realça um aspecto da espacialidade especial do ser-aí, porquanto não diz respeito a uma espacialidade física. Mundo circundante não é um espaço geometricamente estabelecido, uma vez que os utensílios não são delimitados por uma proximidade física, mas, sim, pela existência fática cotidiana do ser-aí, isto é, por

[39] Como *Ser e tempo* foi escrito em 1927 Heidegger se utiliza do rádio como exemplo de ampliação e, inclusive, destruição do mundo circundante. Atualmente seria mais adequado utilizar a internet como exemplo de que o mundo circundante não está atrelado a mensurações físicas. Confira-se, a propósito, o que Heidegger diz: “Com o ‘rádio’, por exemplo, o *Dasein* efetua hoje um des-afastamento do ‘mundo’ pelo caminho de uma ampliação e destruição do mundo-ambiente cotidiano cujo sentido-de-*Dasein* ainda não é visível.” (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 309, tradução de Fausto Castilho)

aquilo com que o ser-aí no dia a dia lida, foca, pensa, se relaciona, se ocupa etc. A abertura do ser-aí tem uma relação específica com o seu mundo circundante. Embora esteja aberto à totalidade como ser-no-mundo, na sua cotidianidade o ser-aí tem sempre um dado espaço desvelado. Esse espaço descoberto se movimenta, se transforma, porque o ser-aí sempre leva consigo um espaço de desvelamento, conforme acontece o próprio movimento – espacial e temporal – da existência fática do ser-aí.

A tradição de um dado mundo circundante norteará a existência fática do ser-aí, de forma que o tempo influencia qualquer mundo circundante. Entretanto, é patente também a importância do fenômeno do espaço e sua autonomia em relação ao tempo. É evidente a constatação da importância da espacialidade do mundo circundante de cada ser-aí, independentemente da sua temporalidade. Embora todos tenham existência fática no mundo, no igual momento histórico, é evidente que o espaço mais imediato em que cada ser-aí habita gera diferenças. É uma verdade indubitável as mais variadas diferenças – culturais, sociais, econômicas, políticas, religiosas etc. – em virtude de cada ser-aí ter sua existência fática cotidiana em mundos circundantes diversos. Basta imaginar aqueles que vivem em mundos circundantes ricos, pobres, seguros, violentos, sem religião, com fanatismo religioso, em paz, em guerra etc. A importância da espacialidade do mundo circundante fica ainda mais evidente em experiências de ser-aí com existências fáticas completamente distintas somente pelo fato de terem sido jogados em mundos circundantes diversos, como ocorre, por exemplo, com um ser-aí que vive em uma selva e outro ser-aí que vive a uma pequena distância deste em uma cidade, com um ser-aí que foi jogado em um mundo circundante em que há guerra e outro ser-aí que tem sua existência em uma região pacífica, com um ser-aí que cresceu e vive em uma favela e outro ser-aí que cresceu e vive em um bairro rico etc. O que importa em relação à presente tese é realçar que, mundos circundantes díspares geram diferentes possibilidades e distintas situações fáticas, repercutindo, assim, na cotidianidade jurídica de cada juiz. O mundo circundante tem inquestionável importância em relação à abertura do ser-aí e, consequentemente, para os modos de ser fundamentais dos juízes. Após esta análise do mundo circundante, examina-se agora os elementos originários da abertura do ser-aí, que são fundamentais para o desenvolvimento de uma introdução a uma teoria da decisão judicial, na medida em que o Poder Judiciário é formado por juízes com experiências desiguais em seus mundos circundantes.

1.3. A disposição como abertura do ser-aí

A disposição (*Befindlichkeit*[40]) constitui um dos modos de ser fundamentais do ser-aí e caracteriza uma forma de abertura privilegiada do ser-no-mundo, sinalizando a maneira pela qual o ser-aí se encontra no mundo, isto é, como o ser-aí está colocado, disposto, posto no mundo em relação a si mesmo e aos entes em geral. A disposição abre o ser-aí para o seu caráter de jogado e, consequentemente, para a sua facticidade. Assim, a facticidade do ser-aí é constantemente acompanhada por alguma tonalidade afetiva (*Stimmung*[41]). É que a disposição do ser-aí é constituída onticamente por uma dada tonalidade afetiva[42]. A disposição é um existencial e, por isso, é ontológica, ao passo que a tonalidade afetiva (afinação ou atmosfera afetiva) é a concreção ôntica da disposição[43]. Dessa maneira, tonalidades afetivas, por exemplo, como alegria, medo, tristeza, tédio, serenidade, melancolia, vergonha, culpa, desprezo, compaixão etc., se manifestam onticamente no ser-aí, mas do ponto vista ontológico indicam a disposição como modo que o ser-aí se encontra aberto no mundo.

Toda disposição é indissociável da compreensão. Por meio da compreensão há abertura de sentido, tendo em vista as possibilidades da existência do ser-aí. O

---

[40] O termo *Befindlichkeit* é traduzido como encontrar-se por Fausto Castilho e como disposição por Márcia Sá Cavalcante e Marco Antônio Casanova.

[41] Fausto Castilho traduz *Stimmung* como estado-de-ânimo, Márcia Sá Cavalcante como humor e Marco Antônio Casanova como tonalidade afetiva, afinação ou atmosfera. Como *Stimmung* não representa em Heidegger uma simples condição interna da mente, já que não constitui um puro fenômeno psicológico, mas diz respeito à abertura do ser-aí como ser-no-mundo, as traduções de Casanova captam melhor, a meu ver, o sentido heideggeriano. Assim, neste trabalho, a palavra *Stimmung* será traduzida como tonalidade afetiva.

[42] Heidegger diz: "O que designamos *ontologicamente* com a expressão 'encontrar-se' é algo *onticamente* o mais conhecido e o mais cotidiano: o estado-de-ânimo, o ser em um estado-de-ânimo. Antes de toda psicologia dos estados-de-ânimo, na qual está tudo por fazer, é preciso ver esse fenômeno como um existenciário fundamental, esboçando-lhe a estrutura." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 383, tradução de Fausto Castilho)

[43] Heidegger associa o termo *sentimento* ao ôntico, seja na análise filosófica ou científica. Ele afirma: "E não se queira confundir o mostrar a constituição ontológico-existenciária da determinação cognoscitiva no encontrar-se do ser-no-mundo com uma tentativa de entregar a ciência onticamente ao 'sentimento'. No interior da problemática da presente investigação não é possível interpretar os diversos *modi* do encontrar-se e suas conexões-de-fundamentação. Sob os nomes de paixões e sentimentos esses fenômenos são de há muito onticamente conhecidos e a filosofia sempre deles tratou." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 395, tradução de Fausto Castilho)

caráter de poder-ser do ser-aí aponta para a compreensão, a qual possibilita que algo apareça como algo no mundo, que é o espaço de manifestação dos fenômenos. Contudo, cabem às tonalidades afetivas os modos pelos quais os fenômenos são experimentados pelo ser-aí. Nesse sentido, a disposição possibilita uma abertura privilegiada do mundo em relação aos outros existenciais do ser-aí[44]. A disposição abre o mundo de modo mais originário, de forma que o ser-aí se abre para ele mesmo anteriormente a qualquer vontade ou conhecimento. As possibilidades de abertura derivadas de um trato teórico com o mundo são mais restritas quando comparadas ao abrir originário da disposição, que conduz o ser-aí ao seu ser como existente no mundo.

Ao ser jogado no mundo o ser-aí tem com ele inicialmente e na maioria das vezes uma lida prática. Como a disposição é um elemento originário da abertura, as suas manifestações ônticas por meio das tonalidades afetivas ocorrem de forma antecedente aos comportamentos teóricos do ser-aí, vale dizer, antes de uma conduta cognitiva racional do ser-aí sobre algo, a disposição já está lá agindo. Isso significa que em processos de tomada de decisão baseados na razão, em raciocínios teóricos, as tonalidades afetivas já estão atuando de forma prévia incessantemente. Nesse contexto, a disposição é um modo de ser pré-teórico do ser-aí, de maneira que os seus comportamentos cognitivos, alicerçados na razão, sempre chegam tarde em relação à alguma tonalidade afetiva. Realmente, a disposição atua no descerramento da facticidade do ser-aí. Assim, a disposição, em virtude de constituir uma abertura fundamental, tem precedência ontológica a qualquer conhecer ou querer do ser-aí, tendo um papel decisivo no modo como o ser-aí se abre para o mundo e na maneira

[44] Com o objetivo de agregar às investigações ontológicas de Heidegger, é interessante trazer os estudos ônticos e as ideias do neurocientista António Damásio a respeito dos afetos, na medida em que estes agem especialmente como motivadores e monitores das condutas das pessoas, de maneira que eles podem influir antes, durante e depois das atividades cognitivas racionais dos seres humanos. Para além da razão, da linguagem e da sociabilidade, as tonalidades afetivas têm um papel fundamental na criação da cultura humana. Damásio escreve: “Os sentimentos atuam como *motivos* para respondermos a problemas e como *monitores* do êxito ou do fracasso da resposta. Os sentimentos, e, de modo mais geral, o afeto de qualquer tipo e grau de intensidade, são as presenças não reconhecidas na mesa de conferência cultural. Todo mundo na sala sente sua presença, mas ninguém fala com eles. Não são mencionados pelo nome.” Em outra passagem do livro, Damásio escreve: “Sentimentos contribuem de três modos para o processo cultural: 1. como *motivos* da criação intelectual: a) estimulando a detecção e o diagnóstico de deficiências homeostáticas; b) identificando estados desejáveis que merecem esforço criativo; 2. como *monitores* do êxito ou do fracasso de instrumentos e práticas culturais; 3. como participantes na *negociação* de ajustes requeridos pelo processo cultural ao longo do tempo.” (*A estranha ordem das coisas – as origens biológicas dos sentimentos e da cultura*, São Paulo, Companhia das Letras Editora, 2020, páginas 23, 24 e 25, tradução de Laura Teixeira Motta)

como o mundo se abre para o ser-aí, ou seja, ela modula tanto o encontrar-se do ser-aí no mundo quanto a forma como os entes são compreendidos pelo ser-aí em sua existência fática cotidiana. O conhecimento e a vontade, como parte de uma totalidade, não conseguem atingir o todo do mundo. É só por meio da disposição que o ser-aí se abre para a totalidade. Não é possível compreender a totalidade estando dentro do todo, bem como é impossível estar fora do todo, visto que o ser-aí é ser-no-mundo[45].

Com o fenômeno da disposição, Heidegger consegue resolver o problema da abertura para a totalidade fazendo parte do todo, porque este existencial diz respeito a como o ser-aí se encontra no mundo e não a como o ser-aí compreende o mundo. É que, precisamente como o mundo, as tonalidades do ser-aí não estão em uma parte determinada, mas em todo lugar, de modo que tanto as tonalidades afetivas quanto o mundo são marcados por uma certa tensão entre presença e ausência, justamente por estarem em toda parte da mesma forma que não estão especificamente em parte alguma. É pelas tonalidades afetivas que o ser-aí tem a possibilidade de rearticulação de seu espaço existencial, isto é, as transformações radicais do ser-aí não são realizadas por crises teóricas, mas por crises existenciais, as quais são fundamentadas na disposição do ser-no-mundo. Assim, a disposição constitui uma abertura privilegiada do ser-aí em relação aos outros componentes cooriginários.

Não há vácuos de tonalidades afetivas na cotidianidade do ser-aí, mas somente alterações que atacam de repente, que surgem subitamente, uma vez que o existir fático do ser-aí implica uma constante e ininterrupta abertura ao mundo pela disposição. A ausência de vazio de disposição aponta para uma ausência de neutralidade afetiva, no sentido específico de que cada ser-aí sempre se encontra em alguma tonalidade afetiva. Esta condição afetiva tem intrínseca relação com as ideias

[45] Sobre o assunto, o filósofo brasileiro Marco Antônio Casanova escreve: “Não há como pensar uma ligação teórica com o mundo enquanto totalidade. Como acentuamos acima, tal ligação é em si mesma aporética, na medida em que o mundo é o que permite até mesmo uma ligação teórica com o que quer que seja. Enquanto um horizonte total de manifestabilidade, o mundo só teria como ser apreendido enquanto tal, se fosse possível sair do mundo e considera-lo de um ponto de vista externo – que imediatamente inviabilizaria toda e qualquer apreensão. Neste sentido, nós jamais encontramos o campo de realização de nosso ser, o que acima vem nomeado por meio da noção de facticidade, por intermédio de algo assim como uma concepção de mundo. De qualquer forma, não é difícil mostrar como há uma ligação originária entre o descerramento da facticidade e o modo como nos encontramos no mundo, entre a abertura fática de possibilidades e as atmosferas ou tonalidades afetivas.” (*Mundo e Historicidade: Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo*. Rio de Janeiro. Via Verita Editora, 2017, páginas 159)

de facticidade tendenciosa, de existência fática tendenciosa e de devido estado afetivo, que serão analisadas em tópicos próprios mais à frente. No que diz respeito à noção de devido estado afetivo é importante esclarecer que, apesar de inexistir neutralidade afetiva do ser-aí no particular sentido de que ele é aberto no mundo sempre em alguma dada tonalidade afetiva, isso não significa que a tonalidade afetiva em si possa apresentar uma certa neutralidade. É o que ocorre, por exemplo, com a tonalidade afetiva da serenidade. O oposto acontece, por exemplo, com as tonalidades afetivas do amor, do ódio, do medo etc. Estas questões serão devidamente examinadas em conexão com o fenômeno da decisão judicial em tópicos específicos mais adiante.

Retomando o fio da exposição, é preciso realçar que as tonalidades afetivas não são meros estados internos – estados psíquicos – que surgem de dentro do ser-aí para fora[46], mas se caracterizam por espécies de atmosferas que ao mesmo tempo sobrevêm ao ser-no-mundo como um todo, que envolve os outros entes, que tem ou não o caráter de ser-aí. Dizendo de maneira mais simples: as tonalidades afetivas abarcam tanto a interioridade quanto a exterioridade do ser-aí. Essa lição heideggeriana exposta em *Ser e tempo* é apresentada de forma ainda mais clara no livro *Os conceitos fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude – Solidão*, no qual Heidegger destaca o caráter híbrido das tonalidades afetivas, escrevendo: *"Em resumo: o tédio – assim como, em última análise, toda e qualquer tonalidade afetiva – é uma essência híbrida; uma essência em parte objetiva, em parte subjetiva."*[47] Verifique-se, nesse sentido, outro ensinamento de Heidegger manifestado no citado livro:

> As tonalidades afetivas *não* são *manifestações paralelas*, mas justamente o que determina desde o princípio a convivência. Tudo se dá como se uma tonalidade afetiva sempre estivesse aí, como uma atmosfera, na qual sempre e a cada vez imergimos e desde a qual, então, seríamos transpassados por uma afinação. Tudo não se dá apenas aparentemente como se fosse assim, mas é realmente assim; e em função deste fato vale colocar de lado a psicologia dos sentimentos, das vivências e da consciência. É válido *ver* e *dizer* o que acontece aí. Tornou-se evidente que as tonalidades afetivas não

[46] Heidegger diz: "O estado-de-ânimo ataca de repente. Não vem nem de 'fora', nem de 'dentro', mas, como modo de ser-no-mundo, vem à tona a partir do ser-no-mundo. Mas, com isso, passamos de uma delimitação negativa do encontrar-se em relação à apreensão reflexiva do 'interior' a uma penetração positiva em seu caráter-de-abertura." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 391, tradução de Fausto Castilho).

[47] HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da Metafísica – Mundo – Finitude – Solidão*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015, página 117, tradução de Marco Antônio Casanova.

> são algo que está apenas presente como um dado, mas que elas mesmas são justamente um modo e um jeito fundamental do ser – em verdade, um modo e um jeito fundamento do ser-aí, o que sempre diz ao mesmo tempo da convivência. Elas são jeitos do ser-aí, e, como isto, do ser-fora.[48]

A tradição filosófica usualmente teve um entendimento de que as tonalidades afetivas estavam ligadas apenas ao sujeito, representando sentimentos que pertenciam a um "dentro", ou seja, tratava-se de algo interno de uma pessoa, que se exteriorizava na forma como ela lidava com o mundo externo. Heidegger rompe com essa tradição subjetivista ao pensar a tonalidade afetiva como uma forma de atmosfera que se dá na existência fática do ser-aí. As tonalidades afetivas, portanto, não são consideradas no pensamento heideggeriano como algo de uma categoria inferior. Pensar as tonalidades afetivas como sentimentos, emoções, paixões, afetos, estados de espírito etc. remete a um ponto de vista exclusivamente subjetivo, isto é, como um fenômeno restrito a uma pessoa. *Ser e tempo* procura demonstrar que as tonalidades afetivas não têm natureza inferior à vontade e à razão, tendo em vista que concernem a um componente originário da abertura do ser-aí, que tem especial influência no modo deste ente ocupar e experimentar o mundo.

Heidegger aponta três traços essenciais da disposição: (i) abrir o ser-aí em seu estar-jogado, antes de tudo e na maior parte das vezes, consoante o modo de um desvio que se esquiva, (ii) abrir o ser-aí com igual originariedade de mundo, ser-com e existência, e (iii) permitir que o ser-aí seja afetado pelos entes que vêm ao encontro no mundo, sejam os entes intramundanos, sejam os entes que têm o caráter de ser-aí. No que tange ao primeiro traço da disposição, o ser-aí é aberto ao seu estar-jogado no mundo de pronto e no mais das vezes em um modo de desviar-se que se esquiva, já que ela não só abre o mundo mais originariamente, mas também o fecha mais incisivamente. Cabe ressaltar que a decadência, outro elemento originário da abertura do ser-aí, evidencia essa ideia heideggeriana de um desviar que se esquiva proporcionado pela disposição, como será descrito mais à frente em tópico próprio[49].

---

[48] HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da Metafísica – Mundo – Finitude – Solidão*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015, páginas 87 e 88, tradução de Marco Antônio Casanova.

[49] Acerca desse efeito gerado pelo fenômeno da decadência, verifique-se a lição do filósofo americano Daniel O. Dahlstrom: "O 'aqui' ou 'abertura' do ser-aí é constituído tanto pela decadência quanto pela disposição e compreensão. Esses existenciais básicos – maneiras pelas quais o ser-aí é fundamentalmente constituído e revelado, bem como descoberto – são considerados 'igualmente originais'. O que caracteriza um modo de desvelar decaído ou caduco é precisamente o modo como ele fecha (*verschlieflen*) a abertura fundamental do ser-aí – com efeito, ocultando e encobrindo o

O estar-jogado do ser-aí é o fundamento das tonalidades afetivas, que se fundam primariamente no ter sido (*Gewesenheit*[50]), o que significa que elas implicam um retroceder. O ser-aí pode ser aberto ao seu estar-lançado de forma própria ou imprópria, a depender da tonalidade afetiva que está permeando a sua existência fática. As tonalidades afetivas não criam o ter sido, mas apenas manifestam a cada vez um modo do ter sido do ser-aí. No que se refere ao segundo traço essencial, deve ser ressaltado que as tonalidades afetivas sempre abrem o ser-aí como um todo, tornando possível para ele um direcionar-se para algo. Somente a disposição abre o ser-aí para a totalidade do seu espaço existencial. O ser-aí, como ser-com, jamais pode experimentar uma solidão radical do ponto de vista ontológico, mas somente onticamente. É que a abertura do ser-aí à totalidade pelas tonalidades afetivas faz com que inevitavelmente surjam remissões a outros seres-no-mundo. Isso quer dizer que, mesmo se encontrando sozinho em um determinado lugar, sem nenhum outro ser-aí, a sua abertura dispositiva compreensiva envolve uma referência a outros entes dotados do caráter de ser-aí, na medida em que se depara com entes intramundanos que trazem consigo redes referenciais. Por fim, no que concerne ao terceiro traço ontológico essencial, interessa realçar que os sentidos do ser-aí são afetados pela disposição, de forma que ele vê o mundo conforme a sua tonalidade afetiva, a qual constantemente oscila, vale dizer, o mundo pode ser experimentado de maneira distinta em virtude de diferentes tonalidades afetivas. As tonalidades afetivas não só possibilitam que o ser-aí seja afetado, mas também que ele seja afetado de certas maneiras. Uma vez que o ser-aí existe sempre e a cada momento de um modo específico, as tonalidades afetivas fazem com que ele seja afetado de variados modos.

próprio desvelamento que define o ser-aí." (*Heiddeger's concept of truth.* Cambridge, Cambridge University Press, 2001, página 309, tradução livre)

[50] Como já destacado ao abordar o fenômeno da facticidade, Heidegger utiliza a expressão ter sido ao invés de passado, pois entende que se trata de algo que não passou – e que aí sim seria algo pretérito –, mas sim de algo que continua permeando e influenciando o presente. A palavra *Gewesenheit* é aqui traduzida como sido ou ter sido, seguindo assim a tradução de Marco Antônio Casanova.

1.4. A compreensão como abertura do ser-aí

A relação do ser-aí com seu ser é indispensavelmente compreensiva, mas ela não decorre exclusivamente da compreensão, porque existem outras formas de ser fundamentais do ser-aí. Na medida em que a compreensão constitui um dos modos de ser originários do ser-aí*,* Heidegger a enxerga como um existencial e não como uma espécie de capacidade teórica, como uma forma de aptidão racional cognitiva. Daí porque a palavra compreensão entendida como faculdade cognitiva não representa um modo de ser primário do ser-aí, isto é, compreender no sentido de conhecer é sempre derivado da compreensão no sentido de abertura do ser-aí. Este sentido de compreensão é o que exprime o descerramento de mundo e é entendido como um traço ontológico do ser-aí que é responsável, não isoladamente, pelo desvelamento do horizonte de manifestação dos entes e das possibilidades de ser do ser-aí. Dizendo de maneira mais simples: o compreender pode ser entendido de um ponto de vista primário ou secundário. O compreender primário ou originário caracteriza-se como um existencial, que indica uma maneira de ser fundamental do ser-aí. O compreender secundário ou derivado caracteriza-se como conhecimento, que sinaliza uma capacidade cognitiva do ser-aí. Heidegger escreve:

> O entender é sempre um entender em um estado-de-ânimo. Ao interpretá-lo como existenciário fundamental, mostra-se que esse fenômeno é assim concebido como *modus* fundamental do *ser* do *Dasein*. Ao oposto, "entender" no sentido de *um* possível modo-de-conhecimento entre outros, algo distinto de explicar, deve com este ser interpretado como um derivado existenciário do entender primário que é coconstitutivo do ser do "aí" em geral. (...) No discurso ôntico, empregamos às vezes a expressão "entender disso" no sentido de "poder enfrentar uma dificuldade", "estar à altura", "poder algo". Aquilo que se pode no entender como existenciário não é um quê, mas o ser como existir. No entender reside existenciariamente o modo-de-ser do *Dasein* como poder-ser.[51]

Destarte, raciocinar e ter comportamento teórico com base na razão apontam para uma ideia de compreensão derivada, no pensamento heideggeriano, da noção de compreensão originária como existencial[52]. Na compreensão reside o modo de ser

[51] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, páginas 407 e 409, tradução de Fausto Castilho.

[52] Heidegger declara: "Intuição' e 'pensar' são ambos derivados já distantes do entender. Também a fenomenológica 'visão de essência' se funda no entender existenciário." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 419, tradução de Fausto Castilho)

do ser-aí como poder-ser, como ser-possível, remetendo, assim, ao seu caráter de projeto. É nesse elemento originário da abertura do ser-aí que há compreensão de ser, tendo em vista a sua estrutura ontológica de ser-no-mundo. Ser-no-mundo é codeterminado pela compreensão de ser e, por isso, o ser-aí não é e não pode ser indiferente a si mesmo. É por meio da compreensão que o ser-aí estabelece projetos de sentido a partir de sua facticidade. A palavra projetar pode ser entendida como abrir, esboçar, imaginar, conceber etc., de forma que projetar sentido remete às ideias de abrir sentido, esboçar sentido, imaginar sentido, conceber sentido etc. Melhor explicando: o ser-aí é jogado no mundo, sendo a disposição o existencial responsável pela abertura do caráter de jogado do ser-aí. Sendo jogado no mundo, o ser-aí se depara com diversos entes que se manifestam em seu mundo fático circundante. Utensílios são alguns destes entes encontrados pelo ser-aí ao ocupar o mundo. Uma vez que todo utensílio implica necessariamente uma remissão a outro utensílio, o ser-aí compreende essa rede referencial, a qual gera para ele significância. Assim, em razão de uma dada totalidade utensiliar, produtora de significância, o ser-aí compreende os entes que encontra em sua cotidianidade. A compreensão dos entes pelo ser-aí resulta também na compreensão das possibilidades destes entes. Como todo utensílio é em virtude do ser-aí, este fenômeno possibilita que o ser-aí projete – abra, esboce, imagine, conceba etc. – possibilidades. Com isso, a compreensão promove no ser-aí não somente um entendimento do que são e para que são os entes intramundanos, mas também a possibilidade de construção de projetos existenciais.

A compreensão é um existencial que desvela o mundo do ser-aí em constante percepção de seu caráter de ser-possível[53], de maneira que o ser-aí compreende que as suas possibilidades são as possibilidades de seu mundo fático circundante. Daí

[53] A respeito da compreensão em Heidegger, verifique-se a lição do filósofo alemão Günter Figal: "Esta compreensão não tem mais em comum com uma *outra* vida psíquica e com suas declarações, e, por isto, ela também não é mais nenhum 'comportar-se em relação a ...', mas um '*modo de ser do próprio ser-aí*'. Heidegger trabalhou mais detidamente esta ideia em *Ser e tempo*. Aí, a compreensão é definida como um modo do *descerramento* do ser-aí, e não é em vão que Heidegger explicita essa definição a partir da concepção da compreensão como um poder. O único ponto é que aquilo que nós 'podemos' na compreensão 'não é nenhum *quid*, mas o ser como existir'. O compreender no sentido de *Ser e tempo* é o saber performativo do ser-aí; ele é um compreender a si mesmo que, ao menos em um aspecto, se mostra ao mesmo tempo como o ser do compreendido: como descerramento do próprio ser-possível, a compreensão não é apenas a sua concepção; como abertura do ser-possível, ela é este ser-possível mesmo. Compreender significa o mesmo que dizer que cada um é ele mesmo possível na apreensão imediata do possível que se é e do possível que o mundo é para o ser próprio." (*Oposicionalidade – O elemento hermenêutico e a filosófica*. Petrópolis, Editora Vozes, 2007, páginas 113 e 114, tradução de Marco Antônio Casanova).

porque a compreensão é intrinsecamente vinculada às possibilidades do ser-aí e, consequentemente, à facticidade do ser-aí. Por exemplo, se um ser-aí se depara em sua lida cotidiana com um utensílio como um piano, a partir de sua cadeia de remissões ele compreende que este referido ente não somente é um instrumento que serve para tocar música, mas também que pode ser um meio de trabalho, uma forma de lazer, um modo de status etc., podendo, assim, resultar distintos projetos de sentido. A mesma lógica serve para os utensílios em geral, tais como pedras, madeiras, flores, árvores, computadores, celulares, armas, carros, cadeiras, mesas, cozinhas, casas etc. A relação do ser-aí com um utensílio como uma arma, por exemplo, pode gerar múltiplos projetos de sentido, na medida em que uma arma pode ser usada para intimidação, proteção, negócios, cometer crimes etc. Como a ideia de utensílio aponta para os entes à mão que o ser-aí encontra em sua ocupação no mundo, tais entes não se limitam a coisas específicas e individualizadas, como uma caneta ou um livro, pois podem se caracterizar também como um conjunto de entes que no todo se apresentam como um único ente, como, por exemplo, uma escola, um hospital, um condomínio, um clube, uma cidade, um país[54], um continente etc. Daí fica fácil perceber os diversos entes (instrumentos) que o ser-aí encontra no mundo do direito, tais como os próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os cargos de presidente, ministro, deputado, senador, juiz etc., a polícia, as prisões, as normas jurídicas, as decisões judiciais etc.

Embora certas aptidões do ser-aí sejam estribadas na compreensão, como entender, conhecer, explicar etc., ela não tem um sentido primário de conhecimento, na medida em que constitui um modo de ser originário do ser-aí. A compreensão não significa originariamente compreender um ente intramundano, uma coisa, mas a existência como ser do ser-aí, ou seja, é o próprio ser-aí, como um ente existente, como poder-ser, que se torna o "objeto" da compreensão, no sentido existencial heideggeriano. O ser-aí compreende a si mesmo como ser-possível, pois em sua existência fática o ser-aí tem de ser para ser, sendo constantemente uma possibilidade, sendo incessantemente um poder-ser. A existência do ser-aí não se distingue de suas possibilidades, mas acontece por meio delas, isto é, o ser do ser-aí se concretiza inevitavelmente por meio de possibilidades. Por conseguinte, a noção

[54] É oportuno ressaltar que cidades, estados e países, no mundo jurídico, são considerados entes políticos na linguagem usual do direito.

de possibilidade é fundamental na analítica do ser-aí, a qual é vinculada à ideia de existencial no pensamento heideggeriano, uma vez que diz respeito ao ente que tem existência, que é ser-no-mundo. Diferentemente do ser-aí*,* as possibilidades dos entes intramundanos sinalizam algo inferior à realidade efetiva e à necessidade, porque possibilidade para estes entes significa apenas o que não é real e não necessário.

A compreensão vincula-se a um em-virtude-de e a uma significatividade, na medida em que a compreensão se relaciona com os utensílios e com a totalidade de conformação destes. A totalidade conformativa dos utensílios gera significatividade para o ser-aí. Se os instrumentos são para algo, toda rede referencial tem um *para-que* preferencial, que é o *em-virtude-de* aberto pela compreensão. O em-virtude-de se refere exatamente ao ser-aí, de maneira que a compreensão deste ente abre sentidos e significados. As possibilidades que se apresentam para o ser-aí são articuladas por sentido. Estas possibilidades aparecem para o ser-aí através de campos de sentido, isto é, acontece uma abertura de sentido para que uma possibilidade surja enquanto possibilidade. Isso ocorre porque o ser-aí nunca está meramente diante de possibilidades, mas, sim, diante de possibilidades abertas por projetos de sentidos, vale dizer, os horizontes de sentidos demarcam os horizontes de possibilidades do ser-aí. Realmente, o ser-aí tem sempre campos de possibilidades determinados pelos campos de sentidos, visto que este antecede às escolhas de possibilidades do ser-aí, delimitando, assim, o conjunto de possibilidades que se abrem para o ser-aí.

Não obstante as possibilidades do ser-aí sejam as possibilidades de seu mundo, nem todas as possibilidades do seu mundo se manifestam como possibilidades para o ser-aí, mas somente aquelas derivadas das aberturas de sentidos. Exemplificando: um ser-aí não escolhe e não pode escolher em sua existência fática cotidiana trabalhar em qualquer profissão ou emprego que exista no seu mundo, mas somente aquela profissão ou emprego que decorre de sua abertura de sentido, porque certas atividades não aparecem como possibilidade para o ser-aí, embora seja uma possibilidade do seu mundo. Se não decorrer do seu projeto de sentido, uma determinada possibilidade de profissão ou emprego não aparecerá para o ser-aí como uma real possibilidade de profissão ou emprego. Para um ser-aí, por exemplo, que nasceu e vive em um centro urbano grande e desenvolvido, que gosta do que faz e do lugar que mora, que aprecia os benefícios que uma cidade grande proporciona para ele e para sua família, é provável que a possibilidade de trabalhar e morar em uma floresta ou em uma fazenda nunca tenha se manifestado como

possibilidade para ele em razão do seu projeto de sentido, apesar de ser uma possibilidade do seu mundo. Outro exemplo: para um ser-aí que não sabe, não tem aptidão, não gosta e tem vergonha de dançar, a possibilidade de seguir a profissão de dançarino, embora seja uma possibilidade do seu mundo trabalhar com dança, provavelmente nunca surgiu como possibilidade para ele em virtude de seus projetos de sentido, o que significa dizer que a possibilidade de exercer a profissão de dançarino nunca foi uma possibilidade concreta para este específico ser-aí.

É fundamental destacar que o ser-aí, como ser possível, nunca escolhe as possibilidades iniciais de sua existência, pois ele é jogado no mundo sem qualquer decisão sua. Ao nascer, o ser-aí não escolhe quem são seus pais, familiares, nome, cidade, país, língua, condição econômica, social etc. Logo, todo ser-aí já é sempre jogado em determinadas situações fáticas, as quais vão norteando seus horizontes de sentidos. Isso quer dizer que a facticidade sempre orienta a existência do ser-aí, atribuindo significados. Precisamente pelo fato de o ser-aí ser um ente que possui existência fática e, consequentemente, projeta sentidos, ele nunca é dominado totalmente pela facticidade, apesar de ela criar os significados para o ser-aí em sua cotidianidade. Assim, a totalidade sedimentada de significados que decorre da facticidade do ser-aí se articula com a totalidade de sentidos abertos em sua existência. Como se realçou acima, *Ser e tempo* é uma obra que desenvolve esses dois aspectos fundamentais do ser-aí: facticidade e existência. Se na facticidade está o caráter de jogado (*Geworfenheit*) do ser-aí*,* a existência articula o não domínio total desse jogado, modulando-o por meio da noção de projeto (*Entwurf*), cujo termo em alemão significa “des-jogar”[55].

A existência do ser-aí implica, portanto, compreensão do seu ser, do seu caráter de poder-ser. Por meio da abertura de sentidos, o ser-aí abre horizontes de possibilidades, vale dizer, a compreensão do ser-aí, compreendendo campos de sentidos, compreende campos de possibilidades. Entretanto, estas possibilidades abertas pelos projetos de sentidos não estão estruturadas, sendo assim preciso conformá-las. Daí a necessidade da intepretação (*Auslegung*) do ser-aí para a

[55] Marco Antônio Casanova explica: “Se o jogado (*Geworfenheit*) acentua a direcionalidade intencional, que vai do existir para a absorção no mundo, o projeto (em alemão literalmente des-jogar – *Entwurf*) evidencia a direcionalidade oposta que quebra precisamente a absorção.” (*Mundo e Historicidade: Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo – Volume 1 – Existência e mundaneidade*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2017, páginas 178 e 179)

conformação dos horizontes de possibilidades. Dessa forma, a compreensão e a interpretação, embora sejam fenômenos distintos, são indissociáveis. Heidegger trata da compreensão nos parágrafos 31 e 32 de *Ser e tempo*, sendo que neste último ela é examinada em conjunto com a interpretação, a qual, por seu turno, é analisada também no parágrafo 33, especificamente por meio do fenômeno do enunciado que é, segundo Heidegger, dela derivado.

1.4.1. A interpretação

A interpretação é imanente à compreensão, sendo ambas maneiras de ser inseparáveis do ser-aí, ou seja, interpretar e compreender, apesar da diferença entre os fenômenos, estão necessariamente ligados. A intepretação não surge para auxiliar a compreensão, se o ser-aí compreende mal ou não compreende algo. A interpretação, na visão heideggeriana, não é uma ferramenta ou uma técnica do ser-aí. O que a interpretação faz não é alterar, mas desenvolver a compreensão, a qual continua sendo o que sempre foi e não algo diferente. O que ocorre é a articulação da compreensão, uma vez que o ser-aí vai de um dado grau de compreensão de algo para outro grau de compreensão desse algo. É que a compreensão é um dos elementos originários da abertura do ser-aí, o que significa que este ente está sempre aberto compreensivamente como ser-no-mundo, isto é, o ser-aí pode compreender mal ou não compreender, mas nunca deixar de ter uma relação compreensiva com o seu mundo. Destarte, embora sejam intrinsecamente vinculadas, a compreensão não é interpretação, nem dela se origina, mas, ao contrário, é a intepretação que deriva da compreensão. A compreensão vem sempre antes da interpretação, porquanto não é esta, mas, sim, aquela um componente originário da abertura do ser-aí. Consequentemente, o ser-aí não interpreta os fenômenos para compreendê-los, mas, ao contrário, compreende os fenômenos para interpretá-los, vale dizer, a interpretação se movimenta nos campos de sentidos previamente abertos pela compreensão. Heidegger também entende a interpretação como um existencial, uma vez que ela, consoante a analítica do ser-aí, é um modo de ser deste ente. Isso significa que a interpretação pensada por Heidegger é inseparável da maneira compreensiva de ser do ser-aí, bem como que é mais originária do que as outras concepções de

interpretação, entendidas como técnicas, ferramentas, recursos, métodos etc., de forma que estas são derivadas daquela.

Como a interpretação é inerente à compreensão e esta abre os campos de possibilidades do ser-aí em virtude de seus projetos de sentido, a noção heideggeriana de interpretação remete ao desenvolvimento de possibilidades abertas na compreensão. No tópico anterior sobre a compreensão verificou-se que esta gera a abertura de horizontes de sentidos do ser-aí, os quais são necessários para o surgimento dos horizontes de possibilidades. Entretanto, estes campos de possibilidades necessitam ser organizados ou, em uma possível tradução do termo *Bewandtnis*[56], há necessidade de conformação das possibilidades pelo ser-aí. Logo, a interpretação é a responsável pela conformação dos campos de possibilidades do ser-aí que são abertos pelos campos de sentidos deste ente. Esclareceu-se anteriormente que a significância deriva de uma totalidade conformativa decorrente da cadeia de remissões gerada ao ser-aí ao lidar com os entes que encontra ao ocupar o mundo. Essa significância aberta nos limites da facticidade do ser-aí gera abertura de sentido pela compreensão, vale dizer, os campos de sentidos abertos pelo ser-aí são continuamente limitados por sua facticidade. Ocorre que as possibilidades do ser-aí estão dispersas em seu mundo de uma forma ainda vaga e indefinida, já que as possibilidades não estão compreendidas como possibilidades concretas e específicas. É precisamente a intepretação que dá concretude e especificidade às possibilidades abertas nos campos de sentido do ser-aí, por meio da conformação dos campos de possibilidades. Daí porque Heidegger diz que a interpretação sinaliza uma forma de atualização de possibilidades da compreensão[57].

---

[56] As traduções de *Bewandtnis* como conjuntação (Fausto Castilho) ou conjuntura (Marcia Sá Cavalcante), como já destacado acima, são inferiores à tradução de conformação (Marco Antônio Casanova), uma vez que esta é mais adequada ao sentido de organização, estruturação ou configuração de possibilidades manifestadas na existência do ser-aí.

[57] Explicando a intepretação como atualização de possibilidades, o filósofo Marco Antônio Casanova afirma: “Nós nunca somos pura e simplesmente poder-ser, mas somos constantemente poder-ser jogado no mundo. E não no mundo pensado de maneira abstrata, mas no mundo que faticamente se mostra como o mundo que é o nosso. A questão, porém, é que o campo mesmo do possível não se revela imediatamente em sua concretude própria. O que faz sentido em um campo de possibilidades específico não vem à tona imediatamente em toda a sua extensão e pujança, mas precisa ser antes paulatinamente atualizado enquanto possível. Temos aqui mais um momento da leitura heideggeriana de Aristóteles; neste caso, uma leitura da relação entre *dynamis* e *enérgeia.* Heidegger não questiona às últimas consequências a posição aristotélica. O que ele questiona é antes de tudo o fato de Aristóteles não ter se dado conta de que a relação entre potência e ato está fundada sobre a abertura prévia do campo de sentido. Antes dessa abertura, nada para mim é possível. No que a abertura se dá, porém, ela se caracteriza justamente por um campo potencial que precisa de

Em virtude de a interpretação desenvolver a compreensão, atualizando as possibilidades do ser-aí, com ela se dá o desvelamento do ente enquanto ente. A compreensão isoladamente não dá conta de descobrir algo como algo. É com a contribuição da interpretação que algo aparece enquanto algo para o ser-aí, porque é por meio dela que as possibilidades são estruturadas adquirindo concretude. Essa ideia de ver o ente como ente possibilitado pela intepretação tem conexão com a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia, as quais caracterizam a estrutura prévia da interpretação que compõe o círculo hermenêutico de todo e qualquer intérprete. Heidegger não se opõe à tradicional noção de círculo hermenêutico que sinaliza uma espécie de vaivém entre as partes e o todo, mas enfatiza que há uma circularidade também na relação entre interpretação e compreensão, na medida em que toda intepretação atua na compreensão pressupondo um algo já compreendido anteriormente. Não há interpretação sem compreensão e vice-versa, de forma que a interpretação articula a compreensão sempre a partir de um suporte compreensivo antecedente. Daí porque Heidegger assevera que há sempre uma base anterior da interpretação, a qual, frise-se, decorre da facticidade do ser-aí.

Conforme já ressaltado acima, a posição prévia sinaliza o horizonte do ser-aí no trato com algo. O ser-aí sempre se encontra em uma dada situação ao lidar com um ente, não partindo do nada, na medida em que o ente já possui uma historicidade e um posicionamento em uma dada rede referencial. Uma questão filosófica ou jurídica, por exemplo, analisada pelo ser-aí, em virtude de sua posição prévia, nunca parte do zero, na medida em que já sempre há uma posição de como a questão se apresenta e é examinada, de maneira que a lida com qualquer ente do mundo é já sempre em um determinado contexto, em que o ente se apresenta para o ser-aí. Por sua vez, a visão prévia sinaliza o ponto de vista em que o ente é considerado, de forma que todo ente sempre possibilita uma pluralidade de perspectivas, especialmente porque os utensílios estão sempre inseridos em uma cadeia de remissões. Por isso, visão prévia significa a perspectiva que é estabelecida no trato com ente. Se na posição prévia a interpretação indica o lugar do ente em uma dada

---

atualização. A intepretação (*Auslegung*) é responsável por tal atualização. É somente no momento em que o projeto de sentido se dá, que algo se torna propriamente possível para o ser-aí. Essa possibilidade, contudo, ainda não se mostra por si mesma enquanto possibilidade. Ela permanece de certa forma em um mero espaço potencial, que precisa ser interpretativamente atualizado." (*Mundo e Historicidade: Leituras Fenomenológicas de Ser e Tempo – Volume 1 – Existência e mundaneidade*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2017, página 183)

totalidade referencial, na visão prévia a intepretação aponta para o ponto de vista em que o ente é apropriado na cadeia de remissões. Por seu turno, a concepção prévia indica que toda intepretação do ser-aí é carregada de significados sedimentados em sua facticidade. Consequentemente, a posição prévia e a visão prévia de um determinado ente estão sempre acompanhadas de uma concepção prévia, o que significa que a posição prévia e a visão prévia de um ente em uma totalidade remissiva são desde sua origem permeadas de conceitos prévios, ou seja, quaisquer questões hermenêuticas filosóficas ou jurídicas, por exemplo, já vêm carregadas de preconcepções por parte daquele que os interpreta. Portanto, a interpretação, ao atuar sobre a compreensão do ser-aí, sempre já tem alguma pré-compreensão acerca do que irá interpretar. Esta situação indica o suporte prévio de toda interpretação do ser-aí.

Heidegger destaca uma questão fundamental relativa à compreensão: o sentido. No pensamento heideggeriano, o sentido é concebido como uma espécie de armação formal, na medida em que ele não atualiza as possibilidades da compreensão, tarefa esta que pertence à interpretação, mas sim estrutura o que a intepretação e a compreensão articulam. Logo, no contexto da analítica do ser-aí, o sentido é sempre uma estrutura formal, visto que é a interpretação que dá concretude às possibilidades compreendidas pelo ser-aí. Uma vez que o sentido é um arcabouço formal e sempre assim permanece, para a compreensão que compreende sentido não é possível atualizar possibilidades, motivo pelo qual tal incumbência cabe à interpretação. Para tanto, a interpretação constantemente mira o sentido, já que é este que demarcará o campo de possibilidades do ser-aí. Destarte, é sempre com vistas ao sentido que a interpretação se realiza, a partir de um círculo hermenêutico com as suas respectivas estruturas prévias, porque tudo o que se abre compreensivamente se determina a partir do sentido mesmo que sustenta a sua possibilidade de aparição.

Além de articular e explicitar as possibilidades da compreensão, a interpretação se conecta com outro fenômeno: o enunciado (*Aussage*). Este é um fenômeno derivado da interpretação, a qual, por sua vez, é derivada da compreensão, o que significa, portanto, que o modo originário de ser compreensivo do ser-aí possibilita a criação de enunciados através da intepretação. Se a compreensão abre sentidos, a interpretação possibilita a criação de enunciados derivados dos sentidos. A condição para a elaboração de enunciados é a manifestação de fenômenos no mundo, os quais são compreendidos e interpretados pelo ser-aí, pois sem o aparecimento no mundo

de algo como algo seria inviável um tipo de raciocínio apofântico, isto é, não seria possível entender como verdadeiro ou falso um determinado enunciado. Tendo em vista que os enunciados são derivados da interpretação, a noção de *como hermenêutico*, apesar de diferente, está conectado com o *como apofântico* dos enunciados. Heidegger escreve:

> Assim, a enunciação não pode negar sua origem ontológica a partir da interpretação que-entende. O "como" originário da interpretação do ver-ao-redor entendedor nós o chamamos "como" *hermenêutico*-existenciário, para diferenciá-lo do "como" *apofântico* da enunciação. Entre a interpretação ainda inteiramente encoberta no entender ocupado e o caso extremamente oposto de uma enunciação teórica sobre subsistente, há uma multiplicidade de graus intermediários.[58]

Heidegger destaca três sentidos da palavra enunciado: (i) enunciado como mostração, (ii) enunciado como predicação e (iii) enunciado como comunicação. O enunciado como mostração revela o ente em sua totalidade referencial, porque sinaliza a lida com o ente, de forma que ele se mostra a partir dele mesmo. A lógica apofântica se baseia nessa revelação do ente em seu trato cotidiano. O ser-aí, ao lidar com um ente em sua ocupação no mundo, faz com que o ente se mostre em contextos práticos – e teóricos – cotidianos, tendo como consequência a manifestação de características e atributos. Com isso, surge o enunciado como predicação, que é derivado do enunciado como mostração. Consequentemente, a circunvisão que orienta a mostração do ente é estreitada na predicação, pois o ponto de vista é alterado, na medida em que há um encurtamento do modo de manifestação do fenômeno. Em virtude de algo como algo se revelar em um mundo compartilhado, é possível que o fenômeno mostrado e predicado possa ser comunicado, surgindo, assim, o enunciado como comunicação. Daí porque o fenômeno do enunciado, a partir de um olhar unificado, pode ser entendido como uma mostração predicante comunicadora[59]. Por outro lado, em razão do enunciado decorrer da interpretação, ele também se conecta com as estruturas prévias interpretativas (posição prévia, visão prévia e concepção prévia) e, portanto, com o círculo hermenêutico do ser-aí.

---

[58] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 447, tradução de Fausto Castilho.

[59] Heidegger afirma: "Se reunirmos as três significações de 'enunciação' analisadas em um olhar unitário que apreenda o todo do fenômeno da enunciação, sua definição dirá: *enunciação* é *uma mostração determinante que comunica*." (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 443, tradução de Fausto Castilho)

Heidegger diz expressamente que as armações prévias da interpretação também se manifestam no fenômeno do enunciado:

> A enunciação necessita de um ter-prévio de um aberto em geral, que ela mostra no modo do determinar. Além disso, no determinar já está contido desde o início um olhar para o-que-deve-ser-enunciado. Aquilo-em-relação-a-que o ente já-dado é avistado assume a função determinante na execução-da-determinação. A enunciação necessita de um ver-prévio, no qual o predicado a ser posto em relevo, tornando-se atributo, é como que posto-em-liberdade quanto a sua inexpressa inclusão no ente ele mesmo. À enunciação como comunicação determinante pertence cada vez uma articulação significacional do mostrado, a qual se move numa conceituação determinada: o martelo é pesado, o peso pertence ao martelo, o martelo tem a propriedade do peso. O conceito-prévio já constante também da enunciação no mais das vezes não chama a atenção, porque a linguagem traz consigo cada vez uma conceituação bem desenvolvida. A enunciação, bem como a interpretação em geral, tem necessariamente os fundamentos existenciários no ter-prévio, no ver-prévio e no conceito-prévio.[60]

Destarte, constata-se que as estruturas prévias da interpretação alicerçam tanto a interpretação quanto o enunciado. Estes fenômenos, por sua vez, são indissociáveis da linguagem.

1.5. A linguagem como abertura do ser-aí

Inicialmente cabe esclarecer o motivo pelo qual se emprega neste trabalho o termo linguagem como componente originário da abertura do ser-aí. Heidegger utiliza a palavra *Rede*[61] para indicar um elemento originário da abertura do ser-aí, cuja tradução é fala ou discurso. Porém, no próprio transcorrer de *Ser e tempo*, Heidegger associa o vocábulo discurso à palavra linguagem, afirmando expressamente, no parágrafo 35 do livro, que discurso é linguagem: "*No mais das vezes, o discurso se expressa e já se expressou sempre em palavras. O discurso é linguagem."*[62] Assim,

---

[60] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 443, tradução de Fausto Castilho.

[61] Fausto Castilho e Marco Antônio Casanova traduzem o termo *Rede* como discurso e Marcia Sá Cavalcante traduz como fala.

[62] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo.* Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 471, Tradução de Fausto Castilho.

embora a tradução do vocábulo *Rede* não seja linguagem, as suas traduções como discurso ou fala são a ela necessariamente vinculados. Daí porque a utilização do termo linguagem como um dos componentes originários da abertura do ser-aí, além de estar em conformidade com o pensamento de Heidegger, é mais adequada ao propósito deste trabalho, seja porque a palavra linguagem aponta para um conteúdo semântico mais adequado para esta tese do que a palavra discurso, seja porque a linguagem é um dos fenômenos essenciais para a elaboração desta tese, notadamente porque a decisão judicial é uma espécie de metalinguagem, já que é uma linguagem do Poder Judiciário que se relaciona de forma especial com as linguagens oriundas do Poder Legislativo, Poder Executivo e, inclusive, do próprio Poder Judiciário (precedentes, súmulas etc.). Além de o próprio mundo do direito ser formado em grande parte por linguagem (constituição, leis, jurisprudências, pareceres, doutrinas etc.), o ser-aí que possui a incumbência de proferir uma decisão judicial tem na linguagem um modo de ser fundamental. Ainda acerca da relação entre linguagem e discurso, Heidegger afirma:

> A linguagem é o ser-expresso do discurso. Essa totalidade-de-palavra, como aquilo em que o discurso tem um próprio ser "de-mundo", como ente do-interior-do-mundo, pode assim ser encontrada como utilizável. A linguagem pode ser despedaçada em coisas-palavras subsistentes. O discurso é existenciariamente linguagem, porque o ente cuja abertura ele articula conforme-a-significação tem o modo-de-ser do ser-no-mundo dejectado, remetido ao "mundo".[63]

O fenômeno da enunciação, que é derivado da intepretação e da compreensão, tem especial relação com o fenômeno da linguagem. É que a interpretação gera enunciados, mas não gera significados[64]. Os significados se dão antes da interpretação, por meio dos componentes originários da abertura do ser-aí. Os

---

[63] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 455, tradução de Fausto Castilho.

[64] Sobre o tema em questão, é conveniente fazer menção à filosofia de Ludwig Wittgenstein. Este filósofo entende que na maioria dos casos o significado das palavras é o uso. E esse uso da linguagem aponta para um tipo de prática social, visto que os jogos de linguagem são sempre entre pessoas, não existindo linguagem privada na visão wittgensteiniana. Wittgenstein diz: "43. Para uma *grande* classe de casos – mesmo que não para *todos* – de utilização da palavra 'significado', pode-se explicar esta palavra do seguinte modo: O significado de uma palavra é seu uso na linguagem. E o significado de um nome se explica, muitas vezes, ao se apontar para o seu *portador*. (...) 432. Todo signo, *sozinho*, parece morto. O *que* lhe confere vida? – Ele *está vivo* no uso. Ele tem em si o hálito da vida? – Ou é o *uso* o seu hálito?" (*Investigações filosóficas*, Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2017, páginas 38 e 173, tradução de Marcos G. Montagnoli)

significados e as palavras surgem no contexto de remissão dos entes que o ser-aí encontra ao ocupar o mundo. É que os fenômenos que ocorrem no mundo se manifestam para o ser-aí em uma rede referencial, havendo sempre um ser – sentido de ser – desses fenômenos, os quais abrem significados ao ser-aí que possibilitam sua denominação com palavras[65]. A linguagem não surge a partir da interioridade do ser-aí, isto é, do aparato cognitivo desse ente que somos nós, mas a partir dos fenômenos que se dão no mundo. Nesse sentido, o mundo se revela como condição de possibilidade da linguagem. Como o ser-aí é abertura por ser um ente que tem existência, os fenômenos que se dão no mundo são compartilhados entre os seres-no-mundo, possibilitando, assim, o surgimento de significados e palavras. Nesse contexto, as práticas linguísticas somente surgem porque o ser-aí é um ser-no-mundo que, por morar no mundo, tendo com ele familiaridade, consegue compreender significados dos fenômenos que se manifestam no mundo.

Salientou-se acima que toda compreensão do ser-aí se dá sempre em uma determinada disposição e toda disposição tem sempre uma compreensão. Além da disposição e da compreensão, a linguagem se manifesta também como um existencial com igual originariedade na abertura do ser-aí, ou seja, a linguagem, ao lado dos outros existenciais, também é um modo de ser originário e fundamental do ser-aí[66].

---

[65] A respeito da relação entre linguagem, significado e palavras, é oportuna a lição do filósofo americano Willian D. Blattner: “Mais especificamente, a linguagem coloca significados em palavras. O que é uma significação? Uma significação é um *relatum* da relação, significante (*Bedeuten*). E o que é significar? Heidegger introduz o sentido técnico do termo ‘significar’ no §18, em sua explicação da significância como estrutura do mundo. Lá ele pergunta qual é o ‘caráter relacional’ (*Bezugscharakter*) das relações de atribuição. Lembre-se de que as relações de atribuição são as relações para, em que e por causa de que compõem a estrutura do mundo. A natureza dessas relações é atribuir um item a um papel em outro. Assim, por exemplo, os martelos são atribuídos (praticamente subordinados) à cravação de pregos, que por sua vez é atribuída à carpintaria, que finalmente é atribuída ao ser-carpinteiro. Heidegger generaliza escrevendo que ‘fixamos o caráter relacional dessas relações de atribuição como significantes’ (S&Z, p. 87). Heidegger usa claramente o verbo ‘significar’ aqui para conectá-lo à palavra ‘significância’ (*Bedeustsamkeit*). Martelos e tarefas são significativos em virtude de serem tecidos na teia de relações de atribuição. Assim, escreve Heidegger, ‘A totalidade relacional desse significado que chamamos de significação’ (ibid.). A totalidade das significações é significância. Significações, o que a linguagem coloca em palavras, são, portanto, elementos da significância. Significância pode ser pensada como um campo estruturado. É algo como uma rede, com elementos distintos e diferenciados, mas interdependentes.” (*Heiddeger’s temporal idealism.* Cambridge, Cambridge University Press, 1999, páginas 70 e 71, tradução livre)

[66] A respeito da linguagem, o filósofo alemão Hans-Herbert Kögler escreve: “A linguagem é o horizonte abrangente dentro do qual qualquer coisa que possa ser experimentada pode vir à tona. A linguagem abre o mundo para o eu, pois sem linguagem não há mundo, não há experiência (Heidegger 1971; Humboldt 1988). A experiência é especificamente humana por estar imersa no que quer que seja entendido e, no entanto, também é reflexiva, pois coisas são entendidas como algo. A experiência humana está situada no mundo – é como disse Heidegger, do começar a ser-no-mundo – e ainda assim o mundo não é somente um ambiente, um habitat natural, mas define um reino de

Se a interpretação articula as possibilidades da compreensão, a linguagem articula a própria compreensão, ou seja, toda interpretação pressupõe compreensão e toda compreensão pressupõe linguagem. Assim, a articulação de sentidos pela interpretação decorre de uma anterior abertura de sentidos pela compreensão. Consequentemente, a linguagem não só possibilita a articulação da compreensão e da disposição, como também da interpretação e da enunciação. A totalidade de significados e sentidos aberta na existência fática do ser-aí é que possibilita o surgimento das palavras e não o contrário. O ser jogado no mundo e a facticidade que daí decorre são imprescindíveis para a linguagem. A produção de palavras e a sua transmissão são possíveis porque o ser-aí está sempre aberto no mundo por meio da disposição, da compreensão, da linguagem e da decadência. As palavras assim criadas se revelam como espécies de entes intramundanos, tornando-se tipos de instrumentos do ser-aí que possibilitam a comunicação em sua existência fática cotidiana.

A constituição fundamental do ser-aí como ser-no-mundo envolve, entre outras estruturas ontológicas, o existencial ser-com. A linguagem explicitamente remete ao caráter compartilhado do ser-com, tendo em vista o cunho existencial do ser-aí, de forma que a linguagem não expressa de início nenhuma interioridade do ser-aí, mas o que está fora, o que se revela no mundo. Daí porque a comunicação não constitui simplesmente algo como um diálogo de subjetividades, na medida em que cada ser-aí que comunica é ser-no-mundo. A linguagem não precisa necessariamente se exprimir em palavras, sendo possível uma linguagem não verbal do ser-aí, tal como comunicações por gestos, comportamentos corporais, placas, bandeiras etc. Aliás, é oportuno destacar que a linguagem de um bebê, por exemplo, é de início apenas não verbal, sendo o choro talvez a sua principal forma de comunicação e um modo de

---

significância, domínios de compreensão intencional dentro do qual o eu naturalmente se move e age (Heidegger 1927/1962). Linguagem é o meio-mestre da experiência humana porque cria uma teia holística que é constantemente aberta para e em interação com o mundo. E, no entanto, medeia exclusivamente nossa experiência de qualquer coisa possível construindo quadros de referência – esquemas conceituais que são ao mesmo tempo implícitos, aceitos e potencialmente reflexivos, representáveis. Esses esquemas interpretativos criam a maneira especificamente humana de se encontrar em um mundo, sendo simultaneamente capaz de se distanciar, transformar e mudar e reinventar a própria compreensão. Linguagem, portanto, não define apenas isso ou aquilo, mas nos define, nossa experiência. Ela molda e 'revela' o que quer que apareça, e assim tem um significado universal para a compreensão humana: 'Ser que pode ser entendido é linguagem' (Gadamer 1960/1989, 474)." (*A Critique of Dialogue in Philosophical Hermenutics.* Journal of Dialogue Studies 2:1, página 52, tradução livre)

linguagem não verbal do ser-aí. A linguagem, portanto, é uma maneira fundamental de ser do ser-aí, não apenas porque ela articula os outros elementos originários da sua abertura, mas porque ela também, em certo sentido, forma mundos do ser-aí. Realmente, é sempre produto da linguagem qualquer tipo de mundo pensado pelo ser-aí, tais como o mundo da filosofia, o mundo do direito, o mundo da matemática, o mundo dos animais, o mundo da política, o mundo dos esportes, o mundo da religião, o mundo dos afetos, o mundo da vida, o mundo do trabalho etc. Por conseguinte, a linguagem possibilita tanto que o ser-aí compreenda o mundo aberto em sua existência fática quanto compreenda os entes que encontra no mundo, vale dizer, a linguagem possibilita que o ser-aí compreenda os existenciais ser-em, ser-junto, ser-com e ser-si-mesmo, que se vinculam à estrutura ontológica ser-no-mundo. Além disso, é importante destacar que a racionalidade do ser-aí tem lugar na linguagem, isto é, o raciocínio, a cognição e a capacidade racional do ser-aí são indissociáveis do fenômeno da linguagem.

1.6. A decadência como abertura do ser-aí

No capítulo quinto de *Ser e tempo* são examinados os componentes originários da abertura do ser-aí, que começa pela disposição (§29), analisando depois a compreensão (§31) e a linguagem (§34). Heidegger, ao versar sobre a linguagem, cria um subtópico no parágrafo 34, o qual faz menção à decadência do ser-aí, antes de estudá-la especificamente no último parágrafo (§38) do referido capítulo quinto do livro. A investigação dos temas do falatório (§35), da curiosidade (§36) e da ambiguidade (§37), realizada anteriormente ao específico tópico acerca da decadência, já de fato apontam para fenômenos da decadência do ser-aí, que é analisada particularmente logo em seguida (§38). Portanto, para um propício entendimento da decadência, é necessário discorrer sobre os fenômenos do falatório (*Gerede*), da curiosidade (*Neugier*) e da ambiguidade (*Zweideutigkeit*).

O falatório indica um modo de ser do ser-aí em sua cotidianidade, na qual se dá uma compreensão imprópria. Heidegger afirma categoricamente que o termo falatório não deve ser apreendido de forma pejorativa, porque indica como o ser-aí compreende e interpreta a linguagem manifestada em seu existir fático cotidiano.

Sempre que a linguagem exprime algo, ocorre uma comunicação. Toda linguagem expressada no cotidiano contém uma compreensão e interpretação do ser-aí. Como a linguagem e a compreensão compõem a estrutura originária da abertura do ser-aí, a manifestação da linguagem pressupõe alguma compreensão e intepretação sobre o que é comunicado, isto é, uma vez que a comunicação é uma forma de expressar da linguagem, em todo comunicar do ser-aí se dá sempre compreensão e interpretação do que é comunicado. Contudo, o ente que é tema da comunicação não é verdadeiramente compreendido, vale dizer, o algo exprimido na linguagem é medianamente compreendido pelo ser-aí. Dizendo de outro modo, o ser-aí compreende a comunicação em si, mas compreende apenas por cima o algo que é o cerne da comunicação, de forma que a comunicação do ser-aí em sua cotidianidade não alcança a referência ontológica primária do ente. Nesse sentido, Heidegger afirma:

> Conforme a entendibilidade mediana que já reside no expressar-se da linguagem expressa, o discurso comunicado pode ser entendido amplamente sem que o ouvinte tenha de se pôr em um ser originariamente entendedor daquilo sobre-que o discurso discorre. Mais do que entender o ente sobre o qual o discurso discorre, só se procura ouvir o discorrido como tal. Este é entendido, o sobre-quê só o é mais ou menos, por cima; visa-se *ao referido discurso*, porque o dito é por todos entendido na mesma mediania.[67]

A situação acima descrita sinaliza o fenômeno do falatório, o qual aponta para uma ideia de disseminação, oral ou escrita, de algo sem o devido entendimento desse algo, pois o que é propagado é a compreensão mediana que o ser-aí tem sobre o assunto. O falatório como modo de ser cotidiano do ser-aí compromete uma compreensão verdadeira do ente que é tema da comunicação, na medida em que afasta o ser-aí de ter uma relação originária e autêntica com o mundo e com os entes em geral. Assim, no falatório há um velamento do ente que o ser-aí encontra em sua cotidianidade. O encobrimento se mantém e ainda aumenta pelo fato de que o ser-aí não procura questionar e entender o ente, porque acredita já compreendê-lo. O falatório gera para o ser-aí uma inadequada compreensão, uma vez que o retém preso a um compreender mediano, quando não equivocado. Realmente, no falatório as palavras vão se afastando até certo ponto dos entes na comunicação do ser-aí, tendo como corolário um aspecto de indiferenciação sobre o que é comunicado, isto é, a

[67] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 473, tradução de Fausto Castilho.

linguagem expressada no cotidiano se autonomiza em alguma medida dos fenômenos que lhe dão origem, de forma que o ser-aí compartilha em sua existência fática mais as próprias maneiras medianas de comunicação e menos o próprio ente que é assunto da comunicação. Como o falatório manifesta uma compreensão mediana sobre algo, a comunicação do ser-aí será inadequada e superficial sobre esse algo medianamente compreendido, gerando um encobrimento do ente para o ser-aí. Portanto, o falatório se revela como um tipo de obstáculo à compreensão autêntica pelo ser-aí dos fenômenos que se manifestam no mundo. Acerca do falatório, Heidegger escreve:

> E porque o discurso perdeu ou nunca conquistou a primária relação-de-ser com o ente de que discorre, não se comunica no modo de apropriação originária desse ente, mas pelo caminho de uma *difusão e repetição do discorrido*. O discorrido como tal atinge âmbitos cada vez mais amplos e assume caráter autoritário. A coisa é assim porque a-gente o diz. Nessa repetição e difusão por meio da qual a inicial falta-de-solo aumenta até atingir a total falta-de-solo, o falatório é constituído. Além disso, o falatório não se limita à repetição oral, mas se alastra pelo escrito como "escrevinhação". A repetição do discurso aqui não se funda somente no ouvir-dizer. Também se alimenta do lido por cima. O entendimento mediano do leitor *nunca pode* separar o que foi conquistado e alcançado originariamente do que é meramente repetido. Mais ainda: o entendimento mediano sequer há de querer fazer semelhante distinção, e dela não necessita, pois já entendeu tudo.[68]

Assim como o falatório, a curiosidade do ser-aí também produz uma forma de velamento do ente, mas de outra maneira. Se no falatório está em jogo o ouvir e o ler, já que a comunicação aponta para uma repetição e propagação daquilo que o ser-aí apenas ouve por cima ou lê por cima, na curiosidade o que importa é a visão, mas a visão entendida em um sentido amplo, que abrange também os outros sentidos do ser-aí. Realmente, é comum usar na cotidianidade expressões relacionando visão com os sentidos da audição (ver o barulho, ver o silêncio etc.), tato (ver o peso, ver a maciez etc.), olfato (ver o cheiro) e paladar (ver o gosto). Nesse sentido amplo de visão, um ser-aí cego também "vê", isto é, um ser-aí que não tem o sentido da visão, manifesta sua curiosidade no mundo "vendo" os entes por meio do ouvir, do cheirar, do tocar e do degustar. Portanto, a curiosidade aponta para uma ocupação do ser-aí com o ver. Na curiosidade, a visão do ser-aí não é direcionada às possibilidades de aprendizado, de reflexões teóricas sobre o visto, mas às possiblidades de abandonar-se no mundo, ou seja, o ser-aí busca apenas ver algo, mas não busca compreender

[68] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 475, tradução de Fausto Castilho.

esse algo visto. Daí porque Heidegger afirma que um dos traços da curiosidade é a *impermanência* do ser-aí junto aos entes, indicando uma busca pelo sempre recente, uma avidez pelo novo. Em *Ser e tempo*, a curiosidade não tem relação com a contemplação dos entes, porque não há um ficar junto a algo, não há uma espécie de meditação demorada do ser-aí sobre algum fenômeno. Essa incapacidade de permanecer junto ao ente revela outro traço da curiosidade: a *dispersão* do ser-aí em novas possibilidades. É que o movimento do ser-aí de ver tudo, de incessantemente buscar algo novo para ser visto, de passar constantemente de um fenômeno a outro, tem como consequência uma dissipação das possibilidades que cada ente revela ao ser-aí, ou seja, como o ser-aí não se detém no ente, já que salta de algo novo para outro algo novo, muitas possibilidades não são percebidas. Essas características da curiosidade remetem a uma terceira: *ser-irriquieto*. Ser-irriquieto decorre do fato de que a curiosidade está em toda parte e em parte nenhuma, ou seja, a ideia de ser-irriquieto aponta para uma noção de desamparo, na medida em que o ser-aí nunca cria raízes com o ente, com algo do mundo, já que só se estimula pelo novo, mas nele não permanece. A curiosidade se concatena com o falatório na medida em que é este que diz para aquela o que deve ser visto, isto é, na cotidianidade do ser-aí há uma conexão entre esses modos de ser. O falatório aponta, por um lado, para um tudo compreender, ao passo que a curiosidade sinaliza, por outro lado, para um tudo ver, de maneira que o ser-aí nada perca do que de novo surge em sua existência fática cotidiana.

O falatório e a curiosidade, por sua vez, têm intrínseca relação com o fenômeno da ambiguidade. A ideia de ambiguidade remete à estrutura ontológica de ser-no-mundo, já que todo saber é um saber do mundo, de maneira que o ser-aí sabe tudo porque o “mundo sabe” tudo, uma vez que tudo o que acontece e pode acontecer se dá no mundo. Entrementes, como o mundo não é um ser-aí, é o impessoal o “sujeito” que transmite o conhecimento do mundo. A tradição que forma o saber do ser-aí sobre o mundo é conservada e transmitida pelo impessoal, que sempre faz parte da decadência do ser-aí como um modo de ser originário deste ente. A noção de impessoal aponta para o predomínio dos sentidos e significados cotidianos em um mundo circundante. Ocorre que os significados historicamente constituídos que representam o mundo decorrem de tradição encurtada, o que significa dizer que a tradição transmitida ao ser-aí em sua cotidianidade mediana não é uma tradição meditada, ponderada e investigada adequadamente. Logo, o ser-aí conhece o que o

mundo conhece, mas o conhecer que se dá no mundo é transmitido por uma tradição reduzida. E um dos modos de comunicação do conhecimento do mundo é o falatório. No que concerne à curiosidade, é por meio dela que o ser-aí se movimenta de ente em ente, ou seja, o conhecimento do mundo neste caso não é transmitido por tradição oral ou escrita, mas é visto pelo próprio ser-aí.

O falatório, a curiosidade e a ambiguidade são alguns modos de ser do ser-aí em sua cotidianidade. Há, porém, um modo de ser que se destaca, que constitui um modo de ser fundamental do ser-aí em seu existir fático cotidiano: a decadência. Este termo, como ressalta Heidegger, não exprime uma apreciação negativa. A decadência, que é um dos elementos originários da abertura do ser-aí, indica a absorção do ser-aí em um dado mundo fático e que, nesse envolver-se como ser-no-mundo junto aos entes no seu mundo circundante cotidiano, o ser-aí é dominado pela força do impessoal. O impessoal, que é o "sujeito" da cotidianidade do ser-aí, estabelece uma espécie de dominação e domesticação da existência fática cotidiana do ser-aí. Impessoal, como já abordado, não aponta para nenhum ser-aí definido ou um grupo determinado dos outros, mas para uma pluralidade indeterminada, pois essa multiplicidade de entes dotados do caráter de ser-aí transcende qualquer comunidade de um dado lugar, uma vez que abarca também entes do passado que, por meio da tradição, influenciam todo ser-aí do presente. Com a análise da noção de facticidade constatou-se uma certa forma de enclausuramento do ser-aí no seu passado e no seu mundo fático circundante, de maneira que a compreensão deste ente pressupõe sempre estruturas prévias interpretativas. Esse aprisionamento implica um tipo de fuga – ou desvio – do ser-aí, na medida em que este ente pode não ser si mesmo propriamente, mas, sim, de modo impróprio. Essa situação de todo ser-aí sinaliza precisamente o fenômeno da decadência.

Heidegger, por meio do exame do fenômeno da decadência, demonstra o modo do ser-aí de não ser si mesmo próprio, que é a maneira mais imediata e comum do ser-aí ser em sua cotidianidade, ou seja, a decadência do ser-aí aponta para o fenômeno da sua impropriedade. Realmente, impropriedade do ser-aí significa não ser ele mesmo em sua existência fática, mas ser como o impessoal, visto que o ser-aí é dominado pelo impessoal em sua cotidianidade. A decadência do ser-aí é um modo de ser que abarca outros modos de ser do ser-aí, em uma espécie, pode-se dizer, de "metamodo" de ser. É que, além de se concatenar com os modos de ser do falatório, da curiosidade e da ambiguidade, ao ser jogado no mundo o ser-aí tem,

essencialmente, o modo de ser da ocupação (ser-junto) com o mundo e com entes intramundanos e o modo de ser da preocupação (ser-com) com os outros entes que são dotados do caráter de ser-aí. Esses modos de ser apontam para o ser do ser-aí como cuidado. Ocorre que esses modos de ser do ser-aí têm um modo de ser cotidiano. E é exatamente a decadência que constitui um componente originário da abertura do ser-aí e o modo de ser do ser-no-mundo em sua cotidianidade. Heidegger afirma:

> Não há dúvida de que se descreveram os possíveis modos fundamentais do ser-em: a ocupação e a preocupação-com o outro. Mas não se discutiu a questão do cotidiano modo-de-ser desses modos de ser. Foi mostrado também que o ser-em nada tem a ver com uma contraposição só considerativa ou ativa, isto é, a cossubsistência de um sujeito e de um objeto. Entretanto, foi preciso que ficasse a aparência de que o ser-no-mundo funciona como um rígido arcabouço em cujo interior se processam os possíveis comportamentos do *Dasein* em relação ao seu mundo, mas não se tocou no próprio ser do "arcabouço". Mas esse pretenso "arcabouço" contribui também na constituição do modo-de-ser do *Dasein*. No fenômeno do decair se documenta um *modus existenciário* do ser-no-mundo.[69]

Se a decadência é um traço ontológico fundamental do ser-aí, é necessário visualizá-la a partir dos fenômenos que assinalam seus específicos modos de ser. A decadência se manifesta para o ser-aí como sedutora, tranquilizadora e alienante. A sedução da decadência para o ser-aí decorre do fato de que este assume um modo de ser do impessoal, de forma que o ser-aí se desonera do fardo da existência de ser si mesmo, de precisar decidir por si mesmo suas possibilidades, isto é, a decadência é sedutora para o ser-aí precisamente por lhe retirar a responsabilidade – de maneira ilusória, frise-se – de ter que ser para ser, de ter que realizar seu poder-ser mais próprio. Essa tentação do ser-aí aponta para o fenômeno da tranquilidade, em que o domínio do impessoal, conduzindo plenamente a existência fática do ser-aí, traz para ele uma certa paz. Destarte, em virtude de o impessoal orientar e comandar concretamente as possibilidades da existência fática do ser-aí, a decadência se manifesta como tranquilizadora. Contudo, essa sedução e tranquilidade da decadência tem como consequência a alienação do ser-aí. É que o domínio do impessoal, desonerando o ser-aí de ser responsável por si mesmo, acarreta o

[69] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 495, tradução de Fausto Castilho.

encobrimento de suas possibilidades mais próprias, afastando, assim, o ser-aí de compreender seu caráter existencial, bem como afeta o seu poder-ser mais próprio.

1.7. O ser-no-mundo e a decisão judicial: transpondo noções da analítica do ser-aí para a cotidianidade jurídica do juiz

Mundo é um termo polissêmico, sendo o principal sentido adotado por Heidegger em *Ser e tempo* o de lugar onde o ser-aí habita. Para a presente tese é conveniente pensar em um mundo jurídico, no qual os juízes têm o dever de proferir decisões judiciais. Assim, se o ser-aí de Heidegger tem um mundo, o ser-aí enfocado neste trabalho tem seu mundo jurídico, não apenas ele, evidentemente. Se o ser-aí tem a constituição ontológica fundamental de ser-no-mundo, o juiz como ser-aí tem a estrutura de ser-no-mundo-jurídico. A importância destas distinções decorre do fato de que o juiz, como ser-no-mundo jurídico, se depara com entes próprios do mundo do direito, sejam entes que também são dotados do caráter de ser-aí, tais como advogados, promotores, procuradores, delegados, fiscais, professores, doutrinadores, partes de um processo judicial, servidores públicos em geral etc., sejam entes intramundanos, notadamente os instrumentos, tais como a decisão judicial, as normas jurídicas em geral, o processo judicial, as perícias envolvendo questões contábeis, econômicas, técnicas em geral, o material produzido pela doutrina etc. Todos estes entes têm uma especificidade própria do mundo do direito e são carregados de significados jurídicos. Se no mundo em geral é permitido que o ser-aí deixe de tomar várias decisões em relação a múltiplos assuntos, no mundo jurídico os juízes não têm essa permissão em relação às decisões judiciais, porque eles são obrigados a decidir todo e qualquer caso, em razão do princípio da proibição da denegação de justiça, o qual será analisado em tópico próprio no último capítulo.

Heidegger ensinou que todo utensílio nunca é em si mesmo, pois é sempre para algo, ou seja, todo utensílio tem sempre um *para-que*. Se a decisão judicial é um instrumento, deve-se indagar qual é o para que da decisão judicial. Se todo instrumento gera uma cadeia de remissões, neste trabalho buscará se examinar a rede referencial das decisões judiciais. Se todo *para-que* de um utensílio tem um *em-virtude-de* – que é para Heidegger o *para-que* primário ou primordial –, pois é sempre

em vista de um ser-aí, importa investigar o *em-virtude- de* das decisões judiciais. A noção de mundo do direito aponta, entre outros, para o fenômeno da decadência do juiz. A decadência, aqui entendida no sentido heideggeriano, é uma só e não significa algum valor moral, mas uma forma de abertura do ser-aí no mundo. Nesse sentido heideggeriano, pensar na ideia de decadência do juiz é pensar as influências que os juízes sofrem nos julgamentos judiciais. Se o ser-aí é cuidado, que implica uma totalidade estrutural – facticidade, decadência e existência –, esses componentes da totalidade estrutural do juiz como ser-no-mundo podem ser investigados com um olhar jurídico, ou seja, é possível fazer uma análise da facticidade jurídica, da decadência jurídica e da existência jurídica. Não se questiona o caráter unitário relativo à totalidade dos fenômenos da facticidade, decadência e existência. O que se busca é dar um enfoque jurídico a estes fenômenos, pois a sua repercussão nas decisões judiciais vai além da analítica existencial heideggeriana, visto que o mundo do direito tem entes próprios que não só permitem, mas exigem uma perspectiva jurídica desses fenômenos do ser-aí para uma adequada compreensão do fenômeno da decisão judicial.

A análise do ser-aí sinaliza a ideia de que a existência é sempre particular, ainda que ela seja influenciada pelo mundo, isto é, como ser-no-mundo o ser-aí está sujeito aos fenômenos que ocorrem no mundo, mas a sua existência é sempre pensada na chave singular. Assim, a questão que se coloca é a tensão que se dá entre a existência singular de cada juiz e a atividade pública exercida por eles, na medida em que o cargo de juiz é submetido a um conjunto de normas jurídicas – e morais – que requisitam dos juízes determinados modos de ser no mundo jurídico. É evidente que tal situação gera conflitos na cotidianidade dos juízes. Esta e outras questões serão examinadas ao longo deste trabalho. Cabe agora realizar uma aproximação concreta entre as ideias de Heidegger e o fenômeno da decisão judicial.

1.7.1. A facticidade do juiz e a decisão judicial

O mundo do direito abarca uma totalidade de fenômenos. Os entes do mundo jurídico podem ter uma concretude física, tendo uma corporeidade, tais como juízes, promotores, advogados, prédios dos tribunais, carros do poder público,

computadores, trajes formais, livros e qualquer tipo de utensílio necessário à prática jurídica, ou podem ter um caráter abstrato, como os conceitos jurídicos e as normas jurídicas, que sinalizam significados obtidos a partir dos textos normativos. As ideias de processo, decisão judicial, liberdade, igualdade, justiça, crime, tributo, contrato, multa, cidade, pessoa jurídica, recurso, trânsito em julgado, coisa julgada etc. são apenas algumas das múltiplas concepções que se manifestam cotidianamente no mundo do direito. Estes entes incorpóreos são instrumentos do mundo do direito. Se são instrumentos, os conceitos jurídicos nunca são em si mesmos, isto é, são sempre em vista de outro instrumento, de forma que necessariamente remetem a outros conceitos. Logo, o conceito jurídico não se define por si mesmo, porque seu caráter utensiliar implica uma inevitável referência a outro ente, seja ele jurídico ou não. Se é assim, não é possível explicar e entender qualquer conceito jurídico por si mesmo, porque ele só pode ser compreendido por meio de remissões a outro. Em qualquer um dos diversos conceitos exemplificados acima, o entendimento e a explicação são impossíveis sem remissão a outros conceitos. Este fenômeno ocorre não apenas em relação às ideias vagas de igualdade, liberdade, justiça, dignidade humana, segurança jurídica etc., mas também em relação a noções com contornos mais precisos, como a de recurso, trânsito em julgado, tributo, multa, crime, aposentadoria, decisão judicial etc. Deveras, não é possível definir, por exemplo, a concepção de coisa julgada sem se referir explicita ou tacitamente a outras noções, como decisão judicial, trânsito em julgado, recurso, processo judicial etc. E este fenômeno remissivo é muito mais forte em conceitos com vagueza. Mas quais seriam as principais consequências dessa lição heideggeriana? Pode-se apontar algumas, como romper com um certo idealismo da tradição jurídica, a produção de significâncias jurídicas em razão do caráter remissivo dos conceitos, a necessidade de uma compreensão holística do direito etc. Isso significa que as pessoas do mundo do direito alcançam um entendimento propício dos conceitos jurídicos quando compreendem adequadamente sua cadeia referencial. No caso aqui tratado importa a específica noção jurídica de decisão judicial. Este conceito jurídico só pode ser entendido se forem analisados os outros entes e fenômenos que integram a sua rede referencial. Para exemplificar a cadeia remissiva de uma decisão judicial, basta explicitar que ela remete a diversos conceitos, tais como processo judicial, recurso, precedente, súmula, jurisprudência, norma jurídica, lei, constituição, devido processo legal, trânsito em julgado, coisa julgada, partes, juiz, tribunal etc. Uma vez que toda decisão judicial é

proferida por um juiz e este é um ser-no-mundo, os componentes originários de sua abertura para o mundo têm indubitável importância para o entendimento do tema e fazem parte da rede referencial da ideia de decisão judicial. Uma compreensão holística do fenômeno da decisão judicial só é possível por meio da análise do ser-aí e dos fenômenos que acompanham e possibilitam toda decisão judicial. Estes fenômenos são principalmente, mas não exclusivamente, os elementos originários da abertura do ser-aí, que são os modos fundamentais de ser de qualquer ser-aí e, consequentemente, estão na origem de toda decisão judicial.

Se todo utensílio é para algo, este tem um *para-que final*, que no pensamento heideggeriano representa um *em-virtude-de*. Assim, se a decisão judicial faz remissão a outros instrumentos, todos estes têm um *em-virtude-de*. O *em-virtude-de* dos instrumentos jurídicos é um ser-no-mundo. No caso da decisão judicial, seu em-virtude-de se refere, comumente, às partes de um processo. Um juiz, ou melhor dizendo, o cargo de juiz é um instrumento do mundo jurídico, o que significa dizer que nunca é em si mesmo e para si mesmo. Por conseguinte, os instrumentos de um processo judicial – decisão, perícia, recurso, provas, audiência, oficial de justiça, auxiliares da justiça, advogados etc. – são sempre em virtude das partes, nunca em virtude dos agentes públicos, a não ser, obviamente, que eles sejam partes de um processo judicial. Assim, os destinatários da totalidade instrumental de um processo judicial, no sentido acima explicitado, são sempre as partes e não o Poder Judiciário. Isso significa que a intepretação de uma decisão judicial e da totalidade instrumental a ela atrelada é sempre em virtude das partes, porque o próprio Poder Judiciário, como instrumento do mundo do direito, não é e não pode ser para si mesmo. Com isso, a atuação dos juízes deve ser neutra, visto que os interesses em jogo em uma decisão judicial são os das partes. Daí segue o fenômeno da imparcialidade dos juízes.

Os juízes no específico mundo do direito devem ser, do ponto de vista jurídico, obrigatoriamente imparciais. Ocorre que os juízes têm existência fática no mundo, o que significa uma miríade de relações distintas com os mais diversos entes. Os juízes chegam ao mundo jurídico somente a partir de uma certa idade, em um dado momento de sua vida adulta, vindo de um dado lugar etc. Com isso, ao ingressar no mundo do direito para exercer sua atividade jurídica, cada juiz necessariamente já tem uma determinada facticidade. Todo e qualquer juiz entra no mundo jurídico guiado e influenciado por sua história, situação, relações etc., que ocorreram e ocorrem em sua existência fática cotidiana singular. Donde não é difícil perceber que a sua facticidade

pode ter inegável relação com as partes e com o que está em jogo em um processo judicial. É que a facticidade modula o ser de qualquer ser-aí, já que é a partir dela que se dá a existência cotidiana, os projetos de sentidos e as possibilidades em geral. Por isso, para além das lições heideggerianas apresentadas acima a respeito do fenômeno da facticidade, cria-se aqui uma distinção, relativamente aos juízes, entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra. Estas ideias de facticidade são aqui feitas especificamente para a cotidianidade dos juízes no mundo do direito, tratando-se, portanto, de uma facticidade relacional, já que é sempre relativa a um *quem* e a um *o que* em um dado processo judicial. Todo juiz terá tanto uma facticidade pretensamente neutra quanto uma facticidade tendenciosa ao longo de sua carreira, ocorrendo uma transição entre uma ou outra, a depender de quem e do que um caso concreto se refere. Cabe esclarecer que não há tal distinção da facticidade na analítica do ser-aí, isto é, Heidegger não separou e nem pensou esses tipos de facticidade aqui apresentados. Para Heidegger há, de um lado, uma neutralidade metafísica e *a priori* do ser-aí, que se dá antes de ser jogado no mundo e, de outro lado, um incessante rompimento desta neutralidade ao acontecer a existência fática do ser-aí. Confira-se o que Heidegger diz no livro *Introdução à filosofia*:

> Em sua essência, o ente que nós mesmos respectivamente somos, o homem, é um neutro. Denominamos esse ente: o ser-aí. Todavia, faz parte da essência desse ente neutro o fato de ele, contanto que exista, a cada vez, de maneira fática, necessariamente romper a sua neutralidade. Ou seja: como um ente fático, o ser-aí sempre é, a cada vez, masculino ou feminino, ou seja, ela é um ser sexuado; esse fato encerra em si um um-com-o-outro e um um-em-relação-ao-outro totalmente determinados. Os limites e a amplitude da atuação desse caráter sempre são a cada vez faticamente diversos; não se pode aqui senão mostrar que possibilidades da existência humana não são determinadas pela relação de sexos ou pela relação de gêneros. Por si só, justamente essa relação de sexos (relação de gêneros) só é possível porque o ser-aí já é determinado em sua neutralidade metafísica pelo um-com-o-outro.[70]

É interessante destacar outra passagem do livro *Introdução à filosofia* em que Heidegger afirma que faz parte da essência do ser-aí o rompimento de sua neutralidade:

---

[70] HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, página 155, tradução de Marco Antônio Casanova.

> À essência do homem pertence essa neutralidade rompida de sua essência. Todavia, isso significa que essa essência só pode ser problematizada primariamente a partir dessa neutralidade e somente com relação a essa neutralidade é possível a quebra da neutralidade mesma. Nesse problema, a questão do sexo ou do gênero é apenas um momento e, com efeito, não o momento primário (o estar-jogado). Na medida em que o ser-aí existe agora como ser-aí corpóreo, a apreensão fática do outro por um ser-aí e de um ser-aí pelo outro se acha submetida a condições determinadas. As relações corporalmente co-condicionadas de apreensão mútua entre os seres-aí não constituem, porém, o um-com-o-outro, mas o pressupõem e são, por sua vez, determinados por ele.[71]

Assim, partindo das lições heideggerianas, é oportuna a divisão aqui estabelecida entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, pois o que interessa aqui não é a existência de qualquer ser-aí no mundo, mas a do exclusivo ser-aí que tem o cargo de juiz no mundo jurídico e a sua particular tarefa de proferir decisão judicial. O pensamento de Heidegger aponta para uma inexistência de facticidade neutra na existência fática cotidiana do ser-aí, já que a neutralidade seria apenas *a priori*, antes do ser jogado no mundo. É nesse contexto que a presente tese faz uma distinção entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, relativamente aos juízes na sua função de julgar. Em princípio, como o juiz é sempre jogado em um dado mundo fático circundante e em um certo período histórico, a sua facticidade seria sempre tendenciosa para algumas questões, seja porque pode haver algum tipo de vínculo com a parte (*quem*) de um processo, que pode ser, por exemplo, um partido político, um político do partido político de sua preferência, uma entidade religiosa, um time esportivo, pessoas de uma determinada raça, com uma dada orientação sexual, de um dado lugar etc., seja porque pode haver algum tipo de vínculo com o assunto (*o que*) que está sendo discutido no processo, como, por exemplo, meio ambiente, religião, política, aborto, união entre pessoas do mesmo sexo, pesquisas com células tronco-embrionárias etc.

É preciso explanar que na concepção de facticidade pretensamente neutra há um advérbio que não há na noção de facticidade tendenciosa, pois nesta não se supõe alguma forma de ligação do juiz com certas questões, mas se reconhece como certo algum grau de envolvimento do juiz com o caso. Já no que diz respeito à outra facticidade, é necessário adotar o advérbio *pretensamente* em virtude de o caráter de jogado de um juiz em um dado mundo fático circundante gerar sempre uma existência

---

[71] HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, página 156, tradução de Marco Antônio Casanova.

fática singular que dificulta uma absoluta neutralidade em relação às questões tratadas em um processo judicial. É que os fenômenos aqui explorados – existência fática, disposição, compreensão, linguagem e decadência –, que tornam possível a decisão judicial, atuam de forma a direcionar o juiz em uma dada direção. Essa distinção entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra não tem importância para o julgamento dos casos fáceis, já que nestes usualmente a decisão judicial deriva de um simples procedimento de subsunção. Todavia, tal situação não ocorre nos casos difíceis, em que há poder discricionário – ou maior discricionariedade – dos juízes. Essas questões serão detalhadamente exploradas nos dois últimos capítulos.

Assim, é propício avançar, neste momento, no exame da facticidade dos juízes, porque estes têm obrigatoriamente a função de analisar e julgar um caso concreto, ao passo que a facticidade pensada por Heidegger refere-se a todo existente no mundo, de forma que alguns podem ser crianças, adolescentes, pessoas com problemas mentais, índios, praticar atividades variadas, trabalhar ou não, ter as mais diversas profissões etc. Portanto, não tem sentido e nem é possível fazer uma distinção entre facticidade neutra e facticidade tendenciosa dentro da analítica do ser-aí, precisamente porque ela é universal, já que corresponde a todo e qualquer ser humano. Realmente, são poucas as pessoas que em sua existência fática cotidiana têm a função e a obrigação de decidir interesses, direitos e conflitos de outras pessoas, de maneira que, se na analítica do ser-aí não é viável nem necessário fazer tal distinção da facticidade, na específica análise do ser-aí que tem o dever jurídico de julgar processos judiciais, é praticável e apropriado fazer a diferenciação entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, porque o que está em questão aqui é o particular fenômeno da decisão judicial, que envolve uma ação de uma pessoa (juiz) em vista de outras pessoas (*quem*), relativamente a um determinado assunto (*o que*).

Dessa maneira, insta elucidar essas noções de facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, tendo em vista o mandamento da imparcialidade que orienta a atividade dos juízes. A noção de facticidade tendenciosa indica que um juiz tem algum tipo de interesse, vínculo, afeto, história etc. com relação a um determinado caso. Imagine a questão do meio ambiente, que é sem dúvida de grande importância, sendo inclusive tutelada pela constituição. Não obstante a sua relevância, imagine um juiz (juiz A) que cresceu com um relacionamento especial com a questão

do meio ambiente, por quaisquer motivos possíveis: seus pais ou esposa são grandes defensores do meio ambiente; pode ser sua família como um todo ou seus amigos; pode ser que o juiz tenha um vínculo especial porque foi criado no meio da natureza; pode ser que as pessoas mais próximas do seu mundo circundante façam parte de uma entidade como *Greenpeace* ou algo do tipo. Pode ser que este juiz por qualquer motivo que seja doe dinheiro às causas ambientais, que plante árvores em seu tempo livre, realize atividades voltadas para a preservação do meio ambiente etc. Esta é uma situação que aponta para uma facticidade tendenciosa em relação a um caso envolvendo a questão ambiental. É uma afirmação muito superficial ainda, sem a devida explicação. Assim, imagine outro juiz (juiz B) que acredita veementemente no capitalismo, que associa felicidade à ideia de riqueza, que pensa que o progresso de um país é principalmente crescimento econômico, em que as pessoas mais próximas e importantes de sua vida são proprietários de sociedades empresariais, que seu mundo circundante é povoado de empresários etc. Aqui também pode haver facticidade tendenciosa. Suponha-se um caso difícil em que há um conflito entre questões de meio ambiente e de desenvolvimento econômico, como no caso da construção de uma grande hidrelétrica, que, de um lado, agride o meio ambiente de um determinado lugar e, de outro lado, promove o desenvolvimento econômico desse mesmo lugar. Se houver alguma forma de ponderação dos princípios conflitantes em relação ao caso, tendo em vista que a Constituição brasileira tutela tanto o meio ambiente quanto o desenvolvimento econômico, ela tenderá a ser formal, para fins de fundamentação, pois materialmente o Juiz A estará propenso a decidir a favor do respeito ao meio ambiente e o Juiz B a favor da construção da usina hidrelétrica, tendo em vista a facticidade tendenciosa de cada um. A facticidade remete a uma ideia de vida fática concreta em que os processos históricos à base dos fatos cotidianos vão gerando significados às pessoas, que a partir deles abrem campos de sentido. Com os campos de sentidos são abertos campos de possibilidades. No caso do juiz A, a sua facticidade abre significados de que o meio ambiente é uma questão mais fundamental a ser tutelada, ao passo que para o juiz B é mais importante o desenvolvimento econômico. A facticidade de cada um desses juízes já faz com que eles interpretem de forma tendenciosa os problemas em jogo, tenham eles consciência disso ou não, tendo em vista que a facticidade delimita os campos de sentido, ou seja, os juízes A e B se abrem compreensivamente para o caso de uma certa maneira enviesada, ainda que não tenham consciência dessa situação.

A facticidade tem relação direta com as tonalidades afetivas dos juízes, já que estes fenômenos modulam a forma com que estes julgam um determinado caso. Embora o tema das tonalidades afetivas seja intrinsecamente ligado à existência fática do ser-aí, neste momento ele será ignorado, pois será examinado mais adiante em tópico próprio. Assim, por ora se examinam os fenômenos da facticidade tendenciosa e da facticidade pretensamente neutra, desconsiderando a sua relação com as tonalidades afetivas dos juízes. Retomando o fio da exposição, importa ressaltar que a compreensão e a intepretação ocorrem a partir da facticidade de cada juiz, de forma que seus projetos de sentido dependem da existência fática de cada um. No exemplo supra, os juízes A e B lidam com um caso desse tipo com um certo viés, uma vez que as facticidades destes juízes são tendenciosas. A ideia de facticidade tendenciosa tem importância para os casos difíceis, visto que ela é irrelevante, ou de pouquíssimo valor, nos julgamentos dos casos fáceis, isto é, em uma situação em que é absolutamente evidente a prolação de uma decisão judicial a favor do meio ambiente, tanto o juiz A quanto o juiz B decidirão na mesma direção, não sendo importantes as suas facticidades. O mesmo ocorre quando se trata de um caso fácil em que a decisão judicial claramente deve ser proferida no sentido de proteger os interesses econômicos em jogo. Logo, as facticidades se relevarão com força precisamente nos casos controversos, em que há nítido conflito entre princípios jurídicos a serem tutelados ou há normas jurídicas vagas ou ambíguas, de forma que a facticidade tendenciosa de um juiz será essencial para que a decisão judicial seja proferida em uma certa direção.

A noção de facticidade pretensamente neutra remete a uma forma de imparcialidade do juiz em relação ao caso concreto. A ideia de facticidade pretensamente neutra representa uma espécie de indiferença do juiz, de desinteresse pela situação concreta tratada no processo, sob uma perspectiva existencial. É importante realçar que se foca neste momento em uma imparcialidade do ponto de vista existencial e não do ponto de vista jurídico. É que todo e qualquer entendimento jurídico é sempre tardio em relação à facticidade de cada juiz, na medida em que o cargo de juiz somente é ocupado a partir de uma certa idade adulta, o que já pressupõe um longo período temporal de existência fática anterior. Nos tribunais, em que há juízes nomeados pelo Poder Executivo, há ainda mais tempo de facticidade, pois as pessoas que são escolhidas para ocupar um cargo em algum tribunal têm, em geral, uma idade mais avançada do que aqueles que ingressam na magistratura por

meio de um concurso. O que importa é tornar manifesto que, tanto os juízes que passaram no concurso aos vinte, trinta, quarenta anos, quanto os juízes indicados para os tribunais pelo Poder Executivo aos trinta, quarenta, cinquenta, sessenta anos, têm uma existência fática anterior que gerou e gera relações e vínculos, bem como formou convicções, pensamentos, tonalidades afetivas, ideais, preconcepções sobre o mundo em geral, que muitas vezes têm especial conexão com os processos controvertidos que serão por eles julgados. O ponto é que todo pensamento jurídico de qualquer juiz é sempre tardio em relação à sua facticidade. A existência fática no mundo de qualquer juiz é inevitavelmente anterior à, por assim dizer, existência dos juízes no particular mundo do direito. Para ficar mais claro, imagine-se uma divisão fictícia, para fins epistemológicos, entre a facticidade do ponto de vista existencial, que é a única que de fato há, e a facticidade do ponto de vista jurídico, ou seja, a primeira, na ficção aqui estabelecida, seria a facticidade existencial, e a segunda seria um tipo de facticidade existencial jurídica ou, vale dizer, seria simplesmente facticidade jurídica. Essa distinção tem relevância para indicar que a facticidade jurídica começa a ser formada em algum dado momento da vida de um juiz. Pode ser quando o juiz iniciou a faculdade de direito ou antes, por exemplo, se as pessoas do seu mundo circundante trabalhavam ou tinham relação com a área jurídica. A facticidade do ponto de vista existencial ocorre quando uma pessoa é jogada no mundo, sem qualquer escolha, vontade ou decisão sua, isto é, ao nascer a facticidade já está lá, acompanhando toda a existência de uma pessoa. É relevante a questão da facticidade, porquanto a escolha, por exemplo, de um ministro do Supremo Tribunal Federal atualmente, se é que não foi sempre assim, não é pautada principalmente por notável saber jurídico e reputação ilibada como determina a Constituição[72], mas especialmente pelas facticidades das pessoas escolhidas (facticidade existencial que é anterior à existência fática no mundo do direito). De fato, um presidente, ao nomear um ministro do Supremo Tribunal Federal, tende mais a se importar com a sua existência fática do que com os vagos conceitos de saber jurídico e reputação ilibada previstos na Constituição Federal. E como a mudança de um ministro do STF pode mudar a interpretação dos textos normativos, notadamente nos casos difíceis, pode-

[72] Estabelece a Constituição Federal, artigo 101: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”.

se afirmar nesse sentido que a alteração de um ministro do STF pode alterar o próprio direito. Daí porque os fenômenos da facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra são importantes, uma vez que, na situação exposta, repercutem diretamente na criação, modificação ou extinção de normas jurídicas.

Se nos exemplos acima o juiz A tem uma facticidade que o vincula mais ao meio ambiente e o juiz B tem uma facticidade que o conecta mais ao progresso econômico, na facticidade pretensamente neutra tanto o juiz A quanto o juiz B têm um certo desinteresse em relação ao caso, porque os assuntos ou as partes lhes são indiferentes, não do particular ponto de vista jurídico, obviamente, mas de uma perspectiva existencial. Destarte, se manifesta uma facticidade pretensamente neutra se um juiz ao julgar um caso relativo ao meio ambiente não tem uma relação – ou ela é diminuta – pessoal, afetiva, histórica etc., de forma que em sua existência fática as questões ambientais não despertam seu interesse ou se mostram sem ou de pouca importância. O mesmo acontece quando o assunto é relativo à economia, política, religião, esporte, artes etc. Muitos dos múltiplos temas que são julgados pelos juízes podem não ter grande importância em relação a sua particular existência fática, de modo que nestes casos é possível pensar em uma ideia de facticidade pretensamente neutra. É o caso, por exemplo, de um juiz que não é religioso e não tem qualquer interesse sobre o assunto, mas que também não tem aversão ou desprezo, ou seja, a questão religiosa simplesmente lhe é indiferente, sem maior importância em sua vida, mormente do ponto de vista afetivo. Neste caso, a imparcialidade que é exigida no mundo do direito é reforçada por sua facticidade pretensamente neutra em relação ao assunto. Porém, o contrário também acontece, pois se um juiz é extremamente religioso, com seu mundo circundante e familiares conectados com alguma religião, sua facticidade será tendenciosa, isto é, em um caso difícil envolvendo o tema da religião há uma possibilidade de ser proferida uma decisão judicial direcionada pela facticidade tendenciosa, mas tal fenômeno não será, na grande maioria das vezes, observado explicitamente na fundamentação da decisão.

Sobre a questão da facticidade tendenciosa em relação ao tema da religião, é interessante trazer como exemplo o julgamento pelo STF do caso das células-tronco embrionárias, que se originou de ação direta de inconstitucionalidade[73] proposta pelo

[73] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que questionava a constitucionalidade da denominada Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), especificamente seu artigo 5º, que assim

Ministério Público. A principal discussão do caso diz respeito à ideia de vida, especialmente sobre quando ela começa. É interessante esse caso, na medida em que a influência da religião em relação ao processo está desde a sua origem, já que o Procurador-Geral da República à época, Cláudio Fonteles, era uma pessoa extremamente religiosa, com uma facticidade tendenciosa em relação ao assunto, no sentido exposto neste tópico. Tal fato, inclusive, foi devidamente relatado pela Advocacia Geral da União ao se manifestar na ação, afirmando expressamente[74]: *"Por fim, cumpre registrar que as premissas biológicas utilizadas pelo Requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso existindo inúmeras posições em sentido diverso. Assim, as teses aduzidas na inicial embasam a doutrina católica, para a qual a vida, a ser juridicamente tutelada, surge com a concepção. Nesse sentido, como dito anteriormente, tais teses não podem servir de parâmetros para a presente análise, pois é necessário lembrar que o Brasil constitui um Estado laico."* O STF julgou, por maioria, improcedente a ação, reconhecendo, assim, a constitucionalidade do citado dispositivo legal. É oportuno ressaltar que o STF entendeu que as formas de vida tuteladas pelo princípio da dignidade humana são apenas aquelas já nascidas, isto é, o STF desconsiderou o

---

dispõe: "Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na da data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

[74] Este trecho está na página 35 da petição da Advocacia Geral da União, cuja cópia pode ser obtida na internet, no *site* do Supremo Tribunal Federal, especificamente no seguinte endereço eletrônico: https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631. A nota de rodapé 26 da petição da Advocacia Geral da União reconhece a facticidade tendenciosa das pessoas envolvidas em relação ao caso, declarando de forma explícita: "De fato, importa destacar que a professora Elizabeth Kipman Cerqueira é representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB. Já a professora Alice Teixeira Ferreira integra o Núcleo de Fé e Cultura da PUC de São Paulo, uma iniciativa da Arquidiocese de São Paulo. Por sua vez, o professor Dalton Luiz de Paula Ramos, além de integrar o Núcleo de Fé e Cultura, é correspondente da Pontifícia Academia Pro Vita, entidade criado pelo Vaticano. Com referência aos cientistas Jerôme Lejeune e Gonzalo Herranz se faz necessário aduzir que ambos são integrantes da *Opus Dei* – que é uma prelazia pessoal da Igreja Católica que ajuda os cristãos comuns a procurarem a santidade no seu trabalho e na sua vida diária. Por derradeiro, seis dos noves cientistas brasileiros citados são autores de uma obra coletiva patrocinada pela Pastoral Familiar, da Igreja Católica. Informações baseadas na reportagem "Isso deve ser pecado" *in* PETRY, André. Veja, Edição 1908, 8/06/2005, p. 46.".

aspecto biológico do embrião, porquanto um embrião fecundado, ainda que artificialmente, possui vida, mas para fins de proteção constitucional no caso em questão importa o embrião já nascido e não os embriões que ainda vão nascer. Nesse sentido, é possível dizer que o princípio da dignidade humana foi aplicado pelo STF, não em uma perspectiva puramente biológica, mas sobretudo existencial, na medida que ser jogado no mundo é condição para que alguém tenha essa específica garantia constitucional. Este é um exemplo de um caso difícil em que o debate jurídico sofre influência da facticidade tendenciosa em relação ao tema. E não adianta simplesmente usar teorias, argumentações, métodos de interpretação jurídicos a respeito do que é vida e de quando ela efetivamente começa, porque um operador do direito com facticidade tendenciosa dificilmente mudará de opinião quanto ao entendimento da matéria, já que interpretará e compreenderá o problema com base na sua existência fática.

A noção de facticidade, portanto, tem uma relação intrínseca com o que de fato determina o comportamento das pessoas. Claro que ela não é dissociada da decadência e da existência, pois estes três fenômenos representam um só fenômeno unitário: o cuidado do ser-aí. Destarte, os juízes julgam os casos concretos a partir de uma facticidade tendenciosa ou uma facticidade pretensamente neutra. É fácil perceber que as condutas dos juízes não são determinadas apenas pelo direito, mas também por sua existência fática cotidiana. O direito, nesse sentido existencial, é derivado e secundário como um fenômeno autenticamente causador de comportamentos, pois todo ser-aí jogado no mundo estabelece sentidos e comportamentos conforme os sentidos e comportamentos do seu mundo circundante. Dessa maneira, a existência fática tem também relação com certas obrigações e proibições que decorrem da cotidianidade do ser-aí, que não se confundem com os deveres jurídicos. Daí porque é possível pensar e explorar uma ideia de normas existenciais, que seriam algo como obrigações, proibições e permissões decorrentes da existência fática cotidiana, uma espécie de autolegislação. Como tal tema tem importância no que atine às decisões judiciais, será analisado em tópico próprio a seguir, onde serão retomadas e aprofundas as ideais de facticidade tendenciosa e de facticidade pretensamente neutra.

1.7.2. Explorando uma ideia de normatividade da existência: o juiz não é guiado apenas pela normatividade do direito

Na tradição jurídica predomina o pensamento de que o *dever ser* inerente ao mundo do direito se vincula essencialmente às normas de um dado sistema jurídico. Neste tópico se busca mostrar que é possível pensar e explorar uma concepção de normatividade existencial, derivada da existência fática cotidiana. Aqui forçam-se conscientemente os limites da linguagem, no que diz respeito ao conceito em questão. A ideia contida na expressão norma existencial é de que também ocorre o fenômeno do dever ser na existência fática cotidiana de qualquer pessoa para além das regras jurídicas e morais, o qual pode ser enfocado sob três aspectos. Isso porque o ser-no-mundo, do ponto de vista ontológico, é constantemente ser-com (*mitsein*), ser junto (*Sein-bei*) e ser-si-mesmo (*Selbstsein*), o que significa que uma pessoa tem relação, respectivamente, com outras pessoas (ser-com), com entes intramundanos (ser junto) e consigo mesma (ser-si-mesmo). Como o ser-aí é um ente e as coisas do mundo também são entes, as normas existenciais aqui imaginadas pressupõem uma relação entre entes, as quais geram formas especiais de normatividade, de modo que são produzidas espécies particulares de regras nos relacionamentos dos entes, para além das normas jurídicas ou morais.

Embora tenha certa proximidade, a ideia de norma existencial é aqui pensada para não se confundir com uma noção de norma social, que aponta para as normas da sociedade em sentido amplo, tais como aquelas relativas às regras jurídicas, morais, gramaticais, de etiqueta, religiosas etc. A norma existencial tem um caráter especial que permite uma qualificação particular que não a confunda com as citadas normas sociais, apesar de a existência fática de cada pessoa ser influenciada pela sociedade, pois o ser-no-mundo é ser-com outros entes dotados do caráter de ser-aí e a decadência é um dos elementos originários da abertura do ser-aí. A normatividade de caráter social corresponde ao primeiro aspecto acima mencionado da ideia de normatividade existencial, relativa à determinação ontológica do ser-com. Se no direito há normas estabelecendo o que é obrigatório, proibido e permitido, também há no âmbito existencial tais normas, mas não positivadas como as normas jurídicas. É o que ocorre com as obrigações, proibições e permissões que decorrem das mais diversas situações cotidianas, em relações com familiares, amigos, companheiros,

colegas de trabalho, de namoro, de casamento etc. Se alguém está em um relacionamento amoroso ou de amizade, por exemplo, há obrigações, proibições e permissões que decorrem destas específicas relações, as quais dependem das particularidades desses relacionamentos. A pessoa para conquistar e manter uma relação de amor está obrigada ou proibida de praticar certas condutas, que variam conforme o caso, mas que se referem a questões de respeito, carinho, sexo, atenção, dedicação, gentilezas etc. A depender do tipo de relação, a pessoa está obrigada a comprar presentes, fazer festas em certos eventos, a ter encontros familiares; está proibida de frequentar certos lugares, sair em determinados horários, com certas pessoas etc. O ser-com do ser-aí, como estrutura ontológica universal, se manifesta singularmente para cada pessoa, de modo que cada particular relação atinente ao ser-com pode gerar particulares regras de permissão, obrigação ou proibição.

Para além das normas sociais, a ideia de norma existencial abrange a normatividade singular de cada pessoa, produzida individualmente pela própria pessoa para ela mesma, bem como a normatividade dos instrumentos com que uma pessoa lida no cotidiano. Esta última refere-se aos entes intramundanos. Cabe trazer alguns exemplos para tornar mais plausível a ideia de normatividade aqui apresentada dos entes que não tem o caráter de ser-aí: um alimento perecível obrigatoriamente deve ser conservado em uma geladeira ou algo parecido, como um freezer, caixa térmica, em algum recipiente com gelo etc. Por outro lado, se for cozinhar, assar ou grelhar uma carne, deve ser usado algum utensílio apropriado para tanto, estando proibido o uso de um recipiente de plástico ou papel; para que um carro funcione, é obrigatório colocar gasolina, álcool ou diesel, sendo absolutamente proibido encher o tanque do veículo com líquidos estranhos. Há carros, que uma pessoa tem a permissão de pôr tanto gasolina quanto álcool, mas está proibida de colocar outro tipo de líquido; para mandar um e-mail ou realizar certas atividades em um computador, é obrigatório que haja uma internet; para o computador e a internet funcionarem, é obrigatório que tenha energia elétrica, se não tiver bateria, o que significa que a pessoa está proibida de dar calote na companhia de energia, isto é, não importa nesse aspecto o caráter jurídico da obrigação de pagar a conta de luz, mas o caráter instrumental, já que sem energia elétrica diversos aparelhos eletrônicos não irão funcionar. Com isso, a obrigação vem da própria instrumentalidade do ente intramundano, que no caso é mais relevante do que o aspecto jurídico da obrigação; para pregar um prego na parede, a pessoa tem a faculdade de usar um martelo ou

algum outro utensílio resistente e firme, mas está proibida de usar algo como um papel, um lenço, um travesseiro etc. Constata-se, assim, que há uma espécie de normatividade que decorre dos próprios instrumentos cotidianos, pois são eles mesmos – e não alguém – que impõem tais regras, sob pena de não funcionarem. E precisamente esta seria a "sanção" no caso de não observância das regras impostas pelo próprio utensílio: o ente não funcionaria ou quebraria, sendo inutilizado, perdendo sua serventia, já que todo utensílio é sempre para algo, nunca para si mesmo. Todavia, não obstante os fartos exemplos, não interessa aqui este tipo de normatividade, que corresponde ao segundo aspecto da ideia de normatividade existencial e que força os limites da linguagem a respeito da noção de normas, uma vez que não decorre de uma relação entre entes dotados do caráter de ser-aí, mas de um ser-aí com algum determinado ente intramundano.

Aqui interessa a normatividade atrelada ao ser-si-mesmo, sobretudo em relação à decadência e aos projetos de sentido individuais de cada ser-aí em virtude de sua existência fática. Esta espécie de normatividade representa o terceiro aspecto de uma normatividade existencial – ser-si-mesmo – e é o foco deste tópico. Destacou-se acima que o ser-no-mundo é indeterminado ontologicamente, o que significa que os seus sentidos são estabelecidos pelo mundo. Não obstante os projetos de sentido de alguém serem elaborados a partir do fora (mundo), ao serem interiorizados, ao se tornarem sentidos de um específico ser-no-mundo, pode decorrer uma normatividade própria. O mundo não só normaliza, mas também normatiza a existência do ser-aí. Porém, ao normatizar a existência fática cotidiana do ser-aí, certas normas do mundo são incorporadas por cada ser-aí de forma particular. É o próprio ser-aí que estabelece obrigações, proibições e permissões para ele mesmo, a partir das normas existentes no mundo. É uma espécie de normatização imposta pelo ser-aí para ele mesmo, vale dizer, é um tipo de autolegislação ou autonormatização. Esta específica normatividade da existência ora considerada é a única em que o próprio ser-aí tem maior controle sobre a produção das regras e seu eventual cumprimento, já que as outras normas – jurídicas, morais, sociais em geral – não são criadas por um específico ser-aí. Deveras, o ser-aí se submete comumente em sua existência fática cotidiana a normas que ele não cria. Essa situação não ocorre na particular circunstância analisada, precisamente porque diz respeito a uma forma de autoprodução normativa. Reconhece-se aqui que essa ideia de autonormatização não tem sentido no mundo

do direito, tendo em vista que os modais deônticos – obrigar, proibir e permitir – pressupõem relações entre duas ou mais pessoas[75].

A ideia de normatividade ora pensada não se refere ao restrito campo do direito, mas ao âmbito existencial, que é mais amplo, de modo que é útil expandir o jogo de linguagem acerca da noção de normatividade para além do campo jurídico, ainda que com certa imprecisão, tendo em vista a sua pertinência no que tange à existência fática cotidiana. Alguns exemplos tornam mais clara a ideia aqui apresentada: imagine alguém cujo projeto de sentido abre a possibilidade de ser muito rico e que sua existência fática cotidiana é especialmente voltada para esse objetivo; suponha uma pessoa cujo objetivo é ter o máximo de poder que conseguir, por exemplo, tentando ser deputado, senador, governador, ministro, até mesmo presidente de um país; imagine que o projeto de sentido de alguém torna possível ser famoso, custe o que custar. A fama é sua meta de vida; pense que outra pessoa pode simplesmente querer um corpo forte e belo, com um percentual mínimo de gordura e ganhar competições de fisiculturismo. Em todos estes casos as pessoas estabelecem obrigações e proibições para si mesmo. E também permissões, mas estas não importam muito aqui porque se manifestam, em geral, na ausência das obrigações e proibições. Estas últimas são evidentes nos exemplos citados. Não é difícil perceber como uma pessoa que tem o objetivo de ser campeã de fisiculturismo tem diversas obrigações – treinar constantemente, por exemplo – ou proibições – deixar de comer certos alimentos – impostas a si mesmo. Muitas vezes esta normatividade da existência prevalece sobre a normatividade jurídica, como ocorre no uso de esteroides anabolizantes sem receita médica, que é vedado em alguns casos pelo sistema jurídico. Este caso do fisiculturista é um exemplo banal de como uma norma existencial muitas vezes se sobressai sobre as normas do direito. É comum atletas profissionais serem pegos em exame antidoping. Aliás, apesar de o doping ser um fenômeno usualmente vinculado a atletas profissionais, acontece também, em certas ocasiões e circunstâncias mais raras, de um atleta não profissional também se dopar. E por qual motivo? Pela sua normatividade existencial. É que o atleta não profissional que se dopa pode ter vários

[75] Nesse sentido, o jurista Lourival Vilanova escreve: “Inexiste possibilidade lógica (e ontológica) de alguém juridicamente proibir-se a si mesmo, obrigar-se a si mesmo. O sujeito *S* não é credor de si mesmo, ou locador de si próprio. Se *R* interpretamos como ‘vendedor’, não se dá a forma ‘*SRS*’. Todo relacional deôntico no direito é entre sujeitos diferentes, como termos de relação estatuída.” (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* São Paulo, Editora Noeses, 2010, página 42)

motivos para o doping, como, por exemplo, ganhar uma competição esportiva importante para ele, completar ou ganhar uma difícil prova de ciclismo, uma ultramaratona, uma prova penosa de *triathlon* como o *iron man* etc.

Não é difícil supor que nos outros exemplos ocorre a mesma situação, especialmente para as pessoas cujos projetos de sentido abrem a possibilidade de alcançar o máximo de dinheiro ou de poder. Basta observar na realidade brasileira que muitas pessoas abrangidas pelo mundo do direito – políticos, juízes, ministros, policiais, fiscais etc. – acabam se tornando corruptas e praticando diversos atos imorais e/ou criminosos, de forma que as regras da sua existência fática, derivadas de projetos de sentido singulares, desprezam o dever ser jurídico. Um policial pode ser corrupto, por exemplo, não só porque em seu projeto existencial o dinheiro se revela como algo fundamental, mas por deveres que derivam de sua existência fática cotidiana, como a obrigação autoimposta ou imposta pelas circunstâncias da vida de pagar um bom colégio particular para sua prole, um tratamento médico para seu filho doente etc. É fácil constatar fenomenologicamente que não há apenas a normatividade do direito e que ela não é a mais importante fonte de obrigações e proibições para muitas pessoas, dependendo da singularidade de sua existência fática cotidiana. Por exemplo, não é raro para certas crianças ou jovens que nasceram e foram criados em favelas terem projetos de sentido existenciais que abrem a possibilidade de desprezarem completamente as normas jurídicas ou morais, de maneira que se tornam adultos criminosos que respeitam, basicamente, as normas deles mesmos ou as das organizações criminosas a que eles pertencem. É possível até conceber espécies de sanções, atreladas à normatividade existencial no específico sentido aqui tratado, de deveres autoimpostos pela pessoa em virtude de seus projetos de sentido. As sanções poderiam ocorrer na forma de fracassos, derrotas, frustrações, exclusões do meio social, tonalidades afetivas negativas de vergonha, culpa[76] etc.

[76] É interessante destacar uma lição do jurista americano Richard Posner sobre a culpa como sanção: "A culpa é particularmente propensa a ser vista como um tipo de sanção automática ou autoaplicável, uma vez que o infrator que a sente percebe a infração como um custo para si próprio, à semelhança do risco de ferir-se quando se dirige do lado errado da estrada. A diferença é que ela exige um investimento que a crie. As pessoas devem escolher um nível de esforço a ser exercido para infundir o potencial de sentir culpa em outras pessoas (às vezes, inclusive em si próprias), bem como a quantidade de culpa que se vai tentar infundir. O sentimento de culpa pode ser inato, mas desenvolve mais precisão e foco a partir da educação formal, da influência moral intencional dos pais e parentes, bem como (o que talvez seja mais importante ainda) dos *exemplos* oferecidos tanto pelos adultos

Não obstante o aspecto especulativo do tema, o que importa é destacar que o ser-aí lida inevitavelmente com seus projetos de sentido e fardos existenciais. Um olhar de fora não consegue perceber ou entender, muitas vezes, o motivo pelo qual um ser-aí faz o que faz em sua vida, sente o que sente diante de uma situação qualquer. A consequência dos fenômenos expostos acima é a possibilidade de conflitos entre as normatividades jurídica e existencial. E como interessa aqui o tema da decisão judicial, é manifesto que no exercício da função alguns juízes não respeitam as normas do direito e/ou as normas da moral, porquanto se orientam sobretudo pelas normas de sua existência fática singular. Claro que estes são os juízes corruptos e imorais, representando uma minoria no sistema jurídico. Claro que muitos projetos de sentido das pessoas, talvez a maioria, são compatíveis com diversas normas, de forma que são executados com absoluto respeito às regras jurídicas e morais. Porém, o que importa destacar é precisamente a tensão que pode haver, e muitas vezes há de fato, em relação à normatividade que decorre do direito e à normatividade derivada da existência fática de um juiz. O tema da facticidade emerge com toda força aqui e, com isso, fica mais clara a divisão feita acima entre facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra. Como a ideia de uma normatividade existencial tem intrínseca conexão com os projetos de sentido das pessoas, pode-se agora falar de existência fática tendenciosa e existência fática pretensamente neutra, ao invés de facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra, que abarca só um aspecto do fenômeno do cuidado do ser-aí. Com efeito, apesar de a facticidade influenciar sempre o tempo presente de cada pessoa, ela é também responsável por delimitar o futuro, no sentido de que todo e qualquer projeto de sentido de alguém decorre necessariamente de sua facticidade. Daí porque as noções de existência fática tendenciosa e existência fática pretensamente neutra abarcam um campo mais amplo acerca do problema da imparcialidade das decisões judiciais, do que as concepções de facticidade tendenciosa e facticidade pretensamente neutra. É preciso esclarecer que as ideias de existência fática tendenciosa e existência fática pretensamente neutra são sempre em referência ao fenômeno da decisão judicial, isto é, trata-se de conceitos

---

quanto por seus pares.” (*Fronteiras da teoria do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021, páginas 377 e 378, tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara)

necessariamente relacionais, porque referem-se apenas ao juiz na atividade de proferir uma decisão judicial, sendo assim vinculados a casos concretos do mundo do direito. A ideia de existência fática tendenciosa aponta para uma espécie de relação existencial entre o juiz e o assunto e/ou a parte que está em jogo em um dado processo judicial, possibilitando pensar situações não abrangidas pelas causas de impedimento ou suspeição previstas na legislação[77], bem como interpretar de forma mais adequada e abrangente os dispositivos legais relativos aos impedimentos e suspeições dos juízes. Por conseguinte, é relevante destacar que a conduta de um juiz não é dirigida apenas por normas jurídicas e morais, pois em sua existência fática cotidiana há outras espécies de normas – de etiqueta, gramaticais etc. –, inclusive as

[77] Prescreve o Código de Processo Civil: "Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX – quando promove ação contra a patê ou seu advogado. (...) Art. 145. Há suspeição do juiz: I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes." Estabelece o Código de Processo Penal: "Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; IV – se tiver aconselhado qualquer das partes; V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevindo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo. Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la."

normas autoimpostas derivadas de projetos de sentidos existenciais, que apontam para a noção em exame de uma espécie de normatividade da existência.

Em relação às ideias apresentadas neste e no tópico anterior, é relevante trazer um exemplo atual, relativo ao processo judicial em que o ex-juiz federal Sergio Fernando Moro julgou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Por meio de *Habeas Corpus* impetrado a favor do ex-presidente Lula, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a parcialidade do ex-juiz federal Sergio Moro, fazendo menção no resumo do acórdão, inclusive, aos antecedentes da biografia do ex-juiz federal, nos seguintes termos: *"Imparcialidade do julgado como pedra de toque do direito processual penal. Antecedentes da biografia de um juiz acusador. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na operação spoofing. Elementos probatórios potencialmente ilícitos. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a perda da imparcialidade do magistrado desde a época da impetração*[78]*."* A frase utilizada

[78] A decisão do Supremo Tribunal Federal foi proferida no HC 164.493/PR. Verifique-se, por oportuno, alguns trechos da decisão, que corroboram a ideia de existência fática tendenciosa apresentada: "4. Antecedentes da biografia de um Juiz acusador. O STF já avaliou, em diversas ocasiões, alegações de que o ex-magistrado Sergio Fernando Moro teria ultrapassado os limites do sistema acusatório. No julgamento do Habeas Corpus 95.518/PR, no qual se questionava a atuação do Juiz na chamada Operação Banestado, a Segunda Turma determinou o encaminhamento das denúncias à Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diante da constatação de que o juiz havia reiteradamente proferido decisões contrárias a ordens de instâncias superiores, bem como adotado estratégias de monitoramento de advogados dos réus. Na ocasião, reconheceu o Min. Celso de Mello que "o interesse pessoal que o magistrado revela em determinado procedimento persecutório, adotando medidas que fogem à ortodoxia dos meios que o ordenamento positivo coloca à disposição do poder público, transforma a atividade do magistrado numa atividade de verdadeira investigação penal. É o magistrado investigador". (HC 95.518, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.5.2013, DJe 19.3.2014). A Segunda Turma já decidiu que o ex-Juiz Sergio Moro abusou do poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada e o levantamento do sigilo dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018 (HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020). O STF reconheceu explicitamente a quebra da imparcialidade do magistrado, destacando que, ao condenar o doleiro Paulo Roberto Krug, ainda no âmbito da chamada Operação Banestado, o ex-Juiz Sergio Moro "se investiu na função persecutória ainda na fase pré-processual, violando o sistema acusatório" (RHC 144.615 AgR, Redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25.8.2020, DJe 27.10.2020). 5. Desnecessidade de utilização dos diálogos obtidos na Operação Spoofing. Os diálogos apreendidos na Operação Spoofing, que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos, destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-Juiz Sergio Moro. As conversas obtidas sugerem que o julgador definia os limites da acusação e atuava em conjunto com o órgão de acusação. O debate sobre o uso dessas mensagens toca diretamente na temática das provas ilícitas no processo penal. (...) 6. Existência de 7 (sete) fatos que denotam a parcialidade do magistrado. As alegações suscitadas neste HC são restritas a fatos necessariamente delimitados e anteriores à sua impetração. 6.1. O primeiro fato indicador da parcialidade do magistrado consiste em decisão, de 4.3.2016, que ordenou a realização de uma espetaculosa condução coercitiva do então investigado, sem que fosse oportunizada previamente sua intimação pessoal para comparecimento em juízo, como exige o art. 260 do CPP. (...) 6.2. O segundo fato elucidativo da atuação enviesada do juiz consistiu em flagrante violação do direito constitucional à ampla defesa do paciente. O ex-juiz realizou a quebra de sigilos telefônicos do paciente, de seus

pelo STF referente aos antecedentes da biografia de um juiz se conecta com a noção de existência fática em discussão, sendo este caso relativo ao ex-juiz federal Sergio Moro, um excelente exemplo da ideia de existência fática tendenciosa, especificamente em relação ao ex-presidente Lula. Aliás, a depender da existência fática de quem está lendo este texto agora, poderá concordar ou não com a decisão do STF, podendo achar ou não que o ex-juiz Sergio Moro tinha à época uma existência fática tendenciosa contra o ex-presidente Lula. Essas divergências de opiniões, ideologias, pensamentos, que decorrem da existência fática de cada leitor são irrelevantes aqui em relação ao exemplo apresentado, porque a questão foi julgada pela corte máxima do país, de maneira que a decisão judicial do STF introduziu uma norma jurídica no sistema do direito brasileiro reconhecendo expressamente a existência fática tendenciosa do ex-juiz Sergio Moro em relação ao caso. Por outro lado, é interessante ressaltar que o caso envolvendo o julgamento do ex-presidente Lula é também um exemplo da ideia de normatividade da existência aqui proposta,

---

familiares e até mesmo de seus advogados, com o intuito de monitorar e antecipar as estratégias defensivas. (...) 6.3. O terceiro fato indicativo da parcialidade do juiz traduz-se na divulgação de conversas obtidas em interceptações telefônicas do paciente com familiares e terceiros. Os vazamentos se deram em 16.3.2016, momento de enorme tensão na sociedade brasileira, quando o paciente havia sido nomeado Ministro da Casa Civil da Presidência da República. (...) 6.4. O quarto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado aconteceu em 2018, quando o magistrado atuou para que não fosse dado cumprimento à ordem do Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Rogério Favreto, que concedera ordem de habeas corpus para determinar a liberdade do ex-Presidente Lula (HC 5025614- 40.2018.4.04.0000 – Doc. 30), de modo a possibilitar-lhe a participação no "*processo democrático das eleições nacionais, seja nos atos internos partidários, seja na ações de pré-campanha*". (...) 6.5. O quinto fato indicativo da quebra de imparcialidade do magistrado coincide com a prolação da sentença na ação penal do chamado Caso Triplex. Ao proferir a sentença condenatória, o ex-Juiz Sergio Moro fez constar claramente diversas expressões de sua percepção no sentido de uma pretensa atuação abusiva da defesa do paciente. O próprio julgador afirmou que, em sua percepção, a defesa teria atuado de modo agressivo, com comportamentos processuais inadequados, visando a ofender-lhe. Diante disso, alega que "*em relação a essas medidas processuais questionáveis e ao comportamento processual inadequado, vale a regra prevista no art. 256 do CPP ('a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para cria-la')*" (eDOC 7, p. 35). 6.6. O sexto fato indicador da violação do dever de independência da autoridade judiciária consiste na decisão tomada pelo magistrado, em 1º.10.2018, de ordenar o levantamento do sigilo e o translado de parte dos depoimentos prestados por Antônio Palocci Filho em acordo de colaboração premiada para os autos da Ação Penal 5063130- 17.2016.4.04.7000 (instituto Lula). Quando referido acordo foi juntado aos autos da referida ação penal, a fase de instrução processual já havia sido encerrada, o que sugere que os termos do referido acordo nem sequer estariam aptos a fundamentar a prolação da sentença. Além disso, os termos do acordo foram juntados cerca de 3 (três) meses após a decisão judicial que o homologou, para coincidir com a véspera das eleições. (...) 6.7. O último fato indicativo da perda de imparcialidade do magistrado consiste no fato de haver aceitado o cargo de Ministro da Justiça após a eleição do atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, que há muito despontava como principal adversário político do paciente. Sergio Moro decidiu fazer parte do Governo que se elegeu em oposição ao partido cujo maior representante é Luiz Inácio Lula da Silva. O ex-juiz foi diretamente beneficiado pela condenação e prisão do paciente."

porquanto, baseando-se no que foi fundamentado e decidido pelo STF, o ex-juiz Sergio Moro não respeitou adequadamente as normas do direito e da moral, já que seguiu em algum grau as suas próprias regras, isto é, uma normatividade da sua própria existência fática. Deveras, os projetos de sentidos existenciais do ex-juiz Sergio Moro tornaram possível o desrespeito às regras jurídicas e morais. Dizendo de outro modo: os desvios às normas jurídicas e morais, que levaram ao reconhecimento da parcialidade do ex-juiz Sergio Moro pelo STF, decorreram dos seus particulares projetos de sentido, de uma normatividade de sua existência fática singular.

É importante destacar que a existência fática de cada juiz gera uma determinada visão de mundo[79] e um dado conjunto de crenças. O ponto é que a existência fática de um juiz gera uma visão de mundo e um conjunto de crenças, o que possibilita uma lida com o caso concreto a partir de certas teorias gerais do direito, especialmente nos casos controversos onde há uma maior discricionariedade do Poder Judiciário. A discricionariedade judicial em um caso difícil é orientada pela visão de mundo e pelo conjunto de crenças do juiz, os quais são derivados de sua existência fática singular. O tema do poder discricionário do Poder Judiciário será minuciosamente examinado no terceiro capítulo, sendo agora relevante apenas salientar que a existência fática particular de um juiz gera uma determinada

[79] Heidegger, ao procurar pensar a essência da noção de visão de mundo, afirma que ela não se reduz a um comportamento teórico, pois há uma formação fática da visão de mundo. É a facticidade do ser-aí que está na base do surgimento de diferentes visões de mundo. A expressão visão de mundo não se limita a um enxergar, contemplar, observar etc., já que ela implica algo como uma conquista de uma situação em relação ao mundo. A visão de mundo remete à uma forma de apoio para o ser-no-mundo e à maneira que o ser-no-mundo se mantém no mundo. A visão de mundo remete tanto ao ser-aí quanto ao ente que não tem o caráter de ser-aí, em sua relação de reciprocidade. Logo, visão de mundo pode ser entendida como um tipo de visão do ente na totalidade. E esta abarca também a visão de vida, já que diz respeito também ao ser-aí. Realmente, a visão de mundo é uma atitude, uma postura do ser-aí que lhe dá suporte, abrigo e o determina. A visão de mundo aponta para o modo de ser do ser-aí, na medida em que este ente é ser-no-mundo. Heidegger escreve: "Visão de mundo não é nenhuma mera contemplação das coisas, tampouco uma soma do saber sobre elas; visão de mundo é sempre tomada de posição e, com efeito, uma tomada de posição tal que realizamos por convicção própria, seja ela uma convicção própria e expressamente formada, seja ela uma convicção que nós pura e simplesmente compartilhamos com outros ou reproduzimos de outros, uma convicção que acabamos assumindo. Mais ainda: essa convicção não é algo que 'temos' pura e simplesmente, algo de que ocasionalmente fazemos uso, que trazemos conosco assim como uma intelecção alcançada, ou ainda, como uma proposição comprovada. Ao contrário, ela é a força fundamental que movimenta nosso agir e todo o nosso ser-aí, mesmo então e justamente então quando não a invocamos expressamente e não tomamos uma decisão recorrendo expressamente e de modo consciente a ela." Heidegger destaca que a visão de mundo não se trata de fenômenos psicológicos: "A única coisa que precisamos observar é o seguinte: aqui – em meio a essa forma fundamental de visão de mundo e junto a toda visão de mundo – e após tudo o que em princípio dissemos sobre o ser-aí, o que está em questão não são os assim chamados processos psicológicos;" (*Introdução à filosofia.* São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, páginas 250 e 387, tradução de Marco Antônio Casanova)

compreensão do sistema jurídico. Por fim, cabe ressaltar que as noções de facticidade tendenciosa, facticidade pretensamente neutra, existência fática tendenciosa, existência fática pretensamente neutra e normatividade existencial apresentadas neste e no tópico anterior, estão intrinsecamente vinculadas com outros fenômenos fundamentais do ser-aí, mas um deles merece destaque neste momento: a tonalidade afetiva.

1.7.3. A tonalidade afetiva e a decisão judicial

Toda decisão judicial é acompanhada de alguma tonalidade afetiva. O que muda são os tipos e as intensidades das tonalidades afetivas em relação ao caso concreto, mas nunca há algo como um vácuo afetivo dos juízes em suas decisões judiciais. Com isso, é razoável afirmar que um devido processo legal tem conexão também com um devido estado afetivo do juiz ao proferir uma decisão judicial. Ocorre que as tonalidades afetivas não são, em geral, tratadas pela ciência do direito ou são enxergadas como fenômenos secundários. Basta uma simples pesquisa sobre os livros jurídicos que investigam os afetos no mundo do direito para constatar que a comunidade jurídica não trata com importância o tema, seja porque são pouquíssimos os trabalhos sobre o assunto, seja porque os raros trabalhos acerca das tonalidades afetivas são, em geral, superficiais e não apontam os efeitos desses fenômenos nas decisões judiciais. Os tradicionais temas estudados no mundo jurídico não são usualmente investigados a partir de uma visão holística, associados a outros fenômenos, como a existência fática e as tonalidades afetivas. Daí porque afigura-se patente a necessidade de explorar o assunto, não só porque a disposição é um componente originário da abertura de todo ser-aí no mundo, mas também porque não há possibilidade de os juízes, como seres-no-mundo, proferirem decisões judiciais sem estarem influenciados por tonalidades afetivas. E as tonalidades afetivas podem repercutir, em diferentes graus, na racionalidade jurídica das decisões judiciais.

É interessante ressaltar que a etimologia da palavra sentença[80] vem do latim *sententia*, relativo à *sentire*, que significa sentir, de maneira que uma das possíveis traduções de *sententia* é sentimento. Nesse específico sentido etimológico, a sentença é uma decisão judicial que representa um tipo de sentimento do juiz em relação a um caso concreto. É preciso destacar que no sistema jurídico brasileiro a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional determina que as atividades dos juízes, incluídas, portanto, as decisões judiciais, devem ser realizadas com serenidade[81]. A palavra serenidade aponta para uma tonalidade afetiva de mansidão, quietude, de quem está tranquilo, calmo etc. Contrárias à noção de serenidade são, por exemplo, as tonalidades afetivas de fúria, raiva, espanto, medo, remorso, euforia etc. A ideia de serenidade, portanto, indica um devido estado afetivo, na medida em que os juízes devem proferir decisões judiciais sem perturbações, agitações ou distúrbios afetivos. Todavia, o controle do ser-aí sobre as suas tonalidades afetivas é muitas vezes reduzido e, em certas circunstâncias, insignificante, para não dizer praticamente inexistente. A consciência das reações do corpo e das circunstâncias causadoras das tonalidades afetivas contribui para um certo controle racional. No entanto, como as reações afetivas representam um mecanismo biológico essencial da vida humana, voltado sobretudo para a sobrevivência[82], seus automatismos afastam, não raras vezes, a tranquilidade afetiva exigida para os julgamentos dos casos, de forma que os

---

[80] De forma sucinta e superficial, pode-se dizer que sentença é um tipo de decisão judicial em que o juiz coloca fim a uma fase do processo judicial. Prescreve o Código de Processo Civil: "Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. §1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução."

[81] A Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) prescreve: "Art. 35 – São deveres do magistrado: I – Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício."

[82] Segundo as pesquisas ônticas do neurocientista Antônio Damásio, os sentimentos emocionais têm relação com a homeostase do organismo vivo do ser humano, que busca não apenas a sobrevivência, mas também a evolução da vida, vale dizer, os sentimentos atendem ao imperativo homeostático: "Sentimentos são um acompanhamento natural e abundante das imagens mantidas no componente manifesto da consciência. Sua abundância deriva de duas fontes. Uma fonte relaciona-se ao estado corrente da vida cujo nível homeostático resulta em estados de bem-estar ou mal-estar, em qualquer grau. O fluxo e refluxo de sentimentos homeostáticos espontâneos provê um segundo plano sempre presente, uma sensação mais ou menos pura de existir, como aquela a que os praticantes de meditação aspiram experimentar. A outra fonte de sentimento é o processamento das várias imagens que compõem as procissões de conteúdos em nossa mente enquanto elas causam respostas emotivas e os respectivos estados de sentimento." (*A estranha ordem das coisas – as origens biológicas dos sentimentos e da cultura*, São Paulo, Companhia das Letras Editora, 2020, página 178, tradução de Laura Teixeira Motta)

juízes podem proferir decisões judiciais com tonalidades afetivas diversas, bem distantes da serenidade de um devido estado afetivo. De fato, não é difícil imaginar inúmeras situações em que os juízes podem ter tonalidades afetivas de desprezo, nojo, raiva, ódio, compaixão, admiração, amor etc. ao julgar um processo judicial. E a racionalidade jurídica da decisão judicial, em circunstâncias de eventuais excessos afetivos, pode ser afetada em níveis variados. Acreditar em uma pura neutralidade afetiva dos juízes em relação à totalidade dos seus casos, além de ser uma patente ingenuidade, dificulta e prejudica a evolução da ciência do direito acerca de diversos fenômenos jurídicos fundamentais, como o da decisão judicial aqui tratado. É relevante ressaltar, aliás, que os difíceis processos seletivos para a escolha de magistrados passam por um exame da capacidade mental dos candidatos, o que pressupõe também uma tentativa, na medida do possível, de analisar uma certa aptidão afetiva para o cargo. De fato, não basta uma capacidade racional cognitiva, sendo necessária também uma certa capacidade afetiva, que os psicopatas, por exemplo, não têm. É evidente que a sociedade não busca ter juízes psicopatas ou com quaisquer outras patologias mentais que inviabilizem julgamentos adequados dos processos judiciais.

A tonalidade afetiva e a razão, embora sejam fenômenos distintos, estão necessariamente atrelados em qualquer processo de tomada de decisão. Consequentemente, as decisões judiciais são produtos linguísticos que inevitavelmente derivam tanto de fatores racionais quanto afetivos, os quais induzem em diferentes graus as atividades do Poder Judiciário. Múltiplas ações cotidianas com elevada carga afetiva desembocam no mundo jurídico, as quais são analisadas e julgadas pelos juízes por meio de pensamentos racionais e de tonalidades afetivas. No campo penal é comum a ocorrência de crimes praticados por influência das tonalidades afetivas. Alguns crimes causam verdadeiras comoções, como acontece quando um filho assassina seus familiares, pais agridem e abusam sexualmente de seus filhos, pessoas torturam bebês etc. Estes tipos de crimes não são apenas praticados por diferentes tonalidades afetivas, mas são julgados pelos juízes também por variadas tonalidades afetivas e não apenas por comportamentos racionais. Embora no âmbito penal seja comum a presença das tonalidades afetivas, estas se manifestam também em diversas situações relativas a outras áreas do direito. O mundo jurídico não pode ser visto como a morada tão somente da razão. Não importa se se trata do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, pois o

exercício do poder pelas autoridades não é orientado apenas por condutas racionais, vale dizer, a razão não mora sozinha em um Estado de Direito, pois as tonalidades afetivas coabitam também os Poderes Públicos. Heidegger salienta que na existência fática cotidiana do ser-aí não há vácuo afetivo[83]. A busca do direito por neutralizar os afetos das autoridades no exercício do poder por meio de diferentes espécies de teorias, decisões e normas jurídicas é uma empreitada penosa e, em certas situações, inviável.

É raro encontrar teorias jurídicas que abordem adequadamente e com um certo nível de profundidade o problema das tonalidades afetivas nos julgamentos do Poder Judiciário. Qualquer teoria da decisão judicial que ignorar o mundo dos afetos apresentará uma dose de deficiência, talvez não tão pequena, de maneira que os outros elementos que tradicionalmente são considerados nas teses jurídicas não dão conta de abarcar a totalidade fenomenológica que está em jogo na tarefa de proferir uma decisão judicial. Reconhece-se aqui que os fenômenos da interpretação e da linguagem são indubitavelmente especiais para a investigação do tema da decisão judicial e, por isso, serão também examinados com base na filosofia de Gadamer. Entretanto, as tonalidades afetivas também integram o processo de tomada de decisão dos juízes, de modo que elas contribuem para produzir valores às situações analisadas, provocar uma atenção específica a certos fatos, gerar memórias especiais sobre fenômenos variados, motivar determinadas atitudes dos juízes etc.[84], vale dizer,

---

[83] A analítica existencial de Heidegger indica a presença constante das tonalidades afetivas na existência fática do ser-aí. Assim, além da investigação ontológica heideggeriana, é interessante trazer as pesquisas ônticas (neurocientíficas) sobre a questão. O neurocientista António Damásio afirma que nossas imagens mentais são sempre acompanhadas de sentimentos: “Sentimentos acompanham a trajetória da vida em nosso organismo, tudo o que percebemos, aprendemos, lembramos, imaginamos, raciocinamos, julgamos, decidimos, planejamos ou criamos mentalmente. Conceber os sentimentos como visitantes ocasionais da mente ou como sendo causados apenas pelas emoções típicas não faz jus à ubiquidade e à importância funcional do fenômeno.” (...) Mais adiante, Damásio diz: “Os numerosos sentimentos assim produzidos unem-se ao fluxo contínuo de sentimentos homeostáticos e seguem com ele. O resultado é que nenhum conjunto de imagens deixa de ser acompanhado por uma quota de sentimento.” (*A estranha ordem das coisas – as origens biológicas dos sentimentos e da cultura*, São Paulo, Companhia das Letras Editora, 2020, páginas 119 e 178, tradução de Laura Teixeira Motta)

[84] Uma vez que as tonalidades afetivas geram sempre reações somáticas, é conveniente trazer outra lição do neurocientista António Damásio a respeito da atuação dos afetos nas pessoas: “Na hipótese global do marcador-somático, proponho que um estado somático, negativo ou positivo, causado pelo aparecimento de uma dada representação atua não só como *marcador do valor do que está representado mas também como intensificador contínuo da memória de trabalho e da atenção.* A atividade subsequente é ‘estimulada’ por sinais de que o processo está de fato sendo avaliado, positiva ou negativamente, em termos das preferências e objetivos do indivíduo. Não é por milagre que a localização e a manutenção da atenção e da memória de trabalho acontecem. Primeiro, são

as tonalidades afetivas dos juízes possibilitam que um caso concreto seja interpretado de uma determinada maneira, guiando a decisão judicial para uma dada direção, uma vez que elas por si só geram informações distintas daquelas que derivam dos juízos racionais. Não é apenas a razão que comunica algo ao juiz sobre o caso concreto, mas também as tonalidades afetivas expressam sentidos, de forma que, sem elas, em casos duvidosos, haveria uma espécie de paralisia decisória. Destarte, para que seja possível proferir decisões judiciais adequadas nos casos difíceis, é necessária uma atuação conjunta e ajustada desses dois diferentes fenômenos, isto é, deve haver não apenas um esforço cognitivo racional, mas também um empenho afetivo do juiz.

Sobre o problema de uma eventual paralisia decisória ou mesmo uma demora desarrazoada para julgar um caso, é oportuno destacar o princípio da vedação da denegação de justiça que vigora no mundo do direito. De fato, diferentemente do que acontece em relação a variadas questões da vida cotidiana, que não precisam ser decididas ou não têm urgência, a mesma situação não ocorre com o Poder Judiciário, precisamente porque os juízes têm a obrigação de decidir e, muitas vezes, têm o dever de julgar com rapidez, quando se trata, por exemplo, de medidas liminares ou algo do tipo. A proibição de denegação de justiça significa que os juízes não podem deixar de decidir, não importando a dificuldade do caso concreto, se a instrução probatória foi adequadamente suficiente ou não, se se trata de textos normativos com conteúdo vago ou ambíguo, se há ou não conhecimento apropriado das consequências da decisão etc. Com isso, afigura-se patente a relevância das tonalidades afetivas nos julgamentos dos processos judiciais, mormente porque os juízes são obrigados a decidir e, em diversas situações, são obrigados a decidir com urgência. A depender do caso é comum as tonalidades afetivas dos juízes se manifestarem primeiramente gerando valores, juízos, inclinações etc., antes dos valores, juízos, inclinações etc. obtidos por condutas racionais, de maneira que o empenho cognitivo dos juízes seja norteado, a depender do caso, por seus afetos. Nestes casos que geram fortes tonalidades afetivas nos juízes, estes devem ter um empenho afetivo para que o

---

motivadas pelas preferências inerentes ao organismo e depois pelas preferências e objetivos adquiridos com base nas que são inerentes. (...) Fica assim em aberto a possibilidade de os marcadores-somáticos influenciarem também a atenção e a memória de trabalho dentro do próprio domínio biorregulador e social. Em outras palavras, nos indivíduos normais, os marcadores-somáticos que surgem da ativação de uma determinada contingência impulsionam a atenção e a memória de trabalho por meio do sistema cognitivo." (*O erro de Descartes – emoção, razão e o cérebro humano*, São Paulo, Companhia das Letras Editora, 2021, página 182, tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado)

princípio da imparcialidade e do devido processo legal sejam adequadamente respeitados, uma vez que afetos intensos podem orientar a decisão judicial em uma dada direção, especialmente em casos difíceis onde o poder discricionário é maior.

É relevante relembrar a lição heideggeriana de que a disposição constitui uma abertura privilegiada, de modo que ela é mais originária do que conhecimento e o pensamento racional do ser-aí. Consequentemente, as tonalidades afetivas podem modular o processo cognitivo e a racionalidade jurídica dos juízes. Suponha juízes com forte interesse político, os quais, embora não possam manifestar publicamente seus políticos e partidos de preferência, têm de fato seus políticos e partidos de preferência. Se não é visível tais inclinações políticas na linguagem – e fundamentação – de suas decisões, isso não significa de forma alguma que a facticidade de cada um desses juízes seja neutra politicamente. Aqui se manifesta a ideia apresentada no tópico anterior de facticidade tendenciosa. Logo, um juiz pode ter sua existência fática fortemente vinculada a um partido político, por exemplo, porque advogava para um partido antes de assumir o cargo, porque seus pais são filiados a um partido político ou são até políticos renomados desse partido, porque simplesmente suas crenças políticas estão realmente em consonância com a de um determinado partido etc. Se este juiz for julgar um caso envolvendo o político ou o partido político de sua predileção, não é difícil concluir que pode haver certas tonalidades afetivas que de fato guiarão a racionalidade da decisão em um dado sentido. Óbvio que há limites legais e constitucionais, mas a discricionariedade judicial dentro dessas balizas normativas possibilita, especialmente nos casos controvertidos, a decisão em diferentes direções. E não é complicado constatar que, se o juiz tiver verdadeira aversão a um determinado político ou a um partido, as suas tonalidades afetivas orientarão a racionalidade jurídica em outra direção. O problema é quando o influxo de alguma tonalidade afetiva presente no caso transforma a discricionariedade em arbitrariedade, tendo a decisão judicial apenas uma aparência de legitimidade, a partir de uma roupagem jurídica trazida na fundamentação que no fundo não tem nada de imparcial. Pode-se trazer como exemplo um assunto somenos, como aquele atinente à paixão por um time esportivo, quando comparado com questões mais nobres, como aquelas ligadas a assuntos ambientais, religiosos, econômicos, políticos etc. O exemplo tolo de um time esportivo é proposital, porquanto, a depender da existência fática de um juiz, tal assunto é muito mais interessante, e em um certo sentido mais importante para ele, do que um dado tema ambiental, referente, por

exemplo, a um determinado animal que está correndo o risco de extinção, tal como a iguana da Jamaica, o lêmure de barriga vermelha, o orangotango de bornéu, o condor californiano, o papagaio kakapo etc. A não ser que o juiz seja um ambientalista fervoroso, cuja existência fática realmente tenha preocupações com os animais em geral, as tonalidades afetivas não terão muita relevância na análise do caso, já que nesta circunstância elas indicarão uma certa neutralidade afetiva. Contudo, se o que está em jogo é algum assunto do seu time do coração, assumindo aqui no exemplo que o juiz tenha uma facticidade fortemente ligada à questão, a tonalidade afetiva pode influenciar o seu processo cognitivo racional.

Talvez o exemplo do time do coração seja realmente banal, motivo pelo qual é oportuno alterar o tema, passando, assim, para o fenômeno da religião, que é inquestionavelmente fundamental para muitas pessoas. Partindo do exemplo de um juiz radicalmente religioso – o termo radical é aqui utilizado propositalmente para se contrapor àqueles juízes que não só faltam interesse, mas têm repugnância à religião, sendo que estes últimos, nesse contexto, podem ser considerados radicalmente ateus –, fica fácil visualizar que as suas tonalidades afetivas em relação a Deus ou à sua comunidade religiosa podem influenciar a racionalidade de um julgamento. Disso não segue que as decisões serão necessariamente equivocadas e ilegítimas, mas que dentro do seu poder discricionário, nos casos controvertidos, os juízes têm margem para direcionar seu pensamento com base na razão em conformidade com sua tonalidade afetiva que está na origem do caso, sugestionando um caminho decisório. Será que existem tais juízes? Evidente que sim, afinal, são seres humanos com tonalidades afetivas como qualquer ser humano. Será que um presidente da República pode indicar, por exemplo, alguém para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, sobretudo, mas não exclusivamente, por ser religioso? Frisou-se anteriormente e é relevante repetir que a escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal se baseia não apenas em notável saber jurídico e reputação ilibada, mas notadamente na existência fática do candidato ao cargo, de forma que muitas vezes é propositalmente escolhido alguém com uma facticidade tendenciosa para certos assuntos com os quais o chefe do Poder Executivo do momento tem um vínculo especial, notadamente de cunho afetivo. Neste momento é importante esclarecer que as existências fáticas tendenciosa ou pretensamente neutra em relação a um caso podem gerar tonalidades afetivas tendenciosas ou neutras para o julgamento do processo. Realmente, um juiz com uma facticidade pretensamente neutra em relação

a um caso, possivelmente será guiado por uma certa neutralidade afetiva, como, por exemplo, pela tonalidade afetiva da serenidade. Por outro lado, a facticidade tendenciosa em relação a um caso é geradora de tonalidades afetivas com valências positivas ou negativas, tais como amor ou ódio, empatia ou antipatia, admiração ou desprezo etc. Dizendo de forma mais clara: uma facticidade tendenciosa em relação a certos assuntos ou pessoas dificilmente produzirá uma indiferença afetiva, uma neutralidade afetiva. Aliás, tonalidades afetivas intensas sobre algo, para além de guiarem os juízes em uma dada direção, tendo eles consciência ou não, podem gerar uma espécie de miopia – talvez até cegueira – hermenêutica, isto é, uma forma de limitação dos horizontes hermenêuticos para julgar um caso concreto, em que a razão teria pouca força. Nestas situações, a racionalidade dos juízes, se não se torna cega, apresenta uma elevada miopia. Por seu turno, uma facticidade pretensamente neutra em relação ao caso possivelmente não produzirá uma tonalidade afetiva com uma valência positiva ou negativa, pelos menos em algum grau intenso que possa afetar a decisão judicial, possibilitando, assim, um devido estado afetivo do juiz.

Importa realçar que no âmbito do Poder Judiciário as decisões judiciais, em casos controversos, não são e não conseguem ser homogêneas, seja em virtude da existência fática singular de cada juiz, seja em virtude das reações afetivas díspares. As tonalidades afetivas podem afetar em diferentes graus a capacidade racional ponderativa dos juízes. Portanto, é comum que os casos difíceis sejam julgados de formas dessemelhantes, na medida em que eles são decididos por juízes com existências fáticas e tonalidades afetivas distintas. Os juízes podem, em geral, ter uma tonalidade afetiva de desprezo, por exemplo, com assassinos ou estupradores de crianças. Porém, se um específico juiz teve, por exemplo, sua filha assassinada ou estuprada, é muito provável que ele tenha uma carga afetiva muito mais elevada, podendo provocar, por exemplo, uma tonalidade afetiva de ódio, que repercutirá em suas decisões judiciais sobre criminosos que praticam os crimes de homicídio ou de estupro em crianças. Nesta circunstância, a existência fática singular desse juiz entra em conflito com certas normas jurídicas, como, por exemplo, aquelas concernentes à imparcialidade e ao devido processo legal. Claro, a depender da facticidade desse juiz – suponha que ele tenha uma existência fática profundamente orientada por Deus –, é possível que não tenha ódio contra os assassinos e estupradores de crianças e que até perdoe aqueles responsáveis pelo assassinato ou estupro de sua filha. Nesse sentido, este juiz, possivelmente, não aumentaria as penas ao condenar criminosos

pelos crimes de homicídio ou de estupro. A questão que se coloca é se é possível alegar alguma forma de impedimento ou suspeição do juiz em uma situação como a descrita acima? E com isso, surgem outras questões, como a temporalidade de um eventual impedimento ou suspeição, isto é, se o juiz que sofreu este tipo de tragédia estaria impedindo ou suspeito de julgar casos de assassinato ou estupro em crianças por um determinado período curto, longo ou em toda sua carreira?

As decisões judiciais podem ser mais ou menos apropriadas a depender da carga ou do tipo de tonalidade afetiva, porquanto, de um lado, afetos intensos ou desajustados ao caso concreto afetam a racionalidade jurídica, gerando decisões de qualidade inferior ou inapropriadas e, de outro lado, decisões judiciais complexas são tomadas com mais rapidez se forem guiadas por tonalidades afetivas adequadas. A reação afetiva de um juiz não tem conexão apenas com a razão, mas também com outros fatores derivados de sua existência, de modo que quanto menor a bagagem cognitiva e a experiência de juiz, há maior possibilidade de influência das tonalidades afetivas em processos que não são simples. É preciso realçar que os afetos são inevitáveis nas decisões judiciais, bem como são necessários para que não ocorra uma espécie de paralisia decisória pelos juízes[85]. De fato, pessoas que sofreram lesões cerebrais que afetaram sua aptidão afetiva tinham dificuldades para decidir com agilidade, já que seus cérebros ficavam produzindo pensamentos racionais em excesso, raciocinando sobre diversos fatores absolutamente irrelevantes, gerando, assim, uma demora exagerada para decidir questões banais do cotidiano[86]. As

[85] Sobre essa questão, é interessante trazer lição do jurista Richard Posner, ex-juiz federal nos Estados Unidos da América: “Todavia, seria mais preciso dizer que o excesso de emoção ou o tipo errado de emoção pode levar a uma decisão inferior. Pois, como argumentaria mais adiante ao tratar da influência do fator emocional nas decisões dos juízes, a emoção é necessária para tornar mais ágil *qualquer* decisão que não seja meramente a conclusão de um raciocínio silogístico ou puramente formal, ou seja, do tipo de raciocínio que um computador é capaz de realizar melhor que um ser humano. A decisão é uma forma de ação, e não existe ação sem emoção.” (*Fronteiras da teoria do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021, página 285, tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara)

[86] No que tange a este ponto, é oportuno trazer outro ponto de vista ôntico do neurocientista Antônio Damásio: “Vamos agora propor para discussão a afirmação de que, se essa estratégia é a *única* de que você dispõe, a racionalidade, tal como foi descrita acima, não vai funcionar. Na melhor das hipóteses, sua decisão levará um tempo enorme, muito superior ao aceitável, se quiser fazer alguma coisa mais nesse dia. Na pior, você pode nem sequer chegar a uma decisão porque se perderá nos meandros do cálculo. Por quê? Porque não vai ser fácil reter na memória as muitas listas de perdas e ganhos que necessita consultar para suas comparações. A representação de fases intermediárias, que você deixou em suspenso e precisa agora inspecionar a fim de traduzi-las para uma forma simbólica necessária ao prosseguimento das inferências lógicas, irá pura e simplesmente desaparecer de sua memória. Você perderá o rastro delas. A atenção e a memória de trabalho

tonalidades afetivas fazem parte dos julgamentos do Poder Judiciário, de modo que é importante ressaltar a ideia de um devido estado afetivo, que remete a uma espécie de neutralidade afetiva em relação ao caso. Os tribunais de segunda instância contribuem para combater a influência de certas tonalidades afetivas, na medida em que os juízes de instância superior estão mais distantes, geralmente, das partes, das testemunhas e de outros fatores que repercutem diretamente nas reações afetivas acerca dos casos concretos. Assim, o julgamento de um processo por um tribunal em segunda instância tem uma maior possibilidade de ser guiado por um devido estado afetivo, precisamente porque apresenta comumente uma distância temporal – e espacial, em geral – em relação às partes e ao caso discutido.

A expressão devido estado afetivo, apesar da sua vagueza, é interessante e conveniente, na medida em que indica não ser qualquer tonalidade afetiva que pode influenciar o juiz a realizar um julgamento adequado, pelos menos nos casos que não são fáceis. Pode-se associar a concepção de devido estado afetivo às ideias de facticidade pretensamente neutra, existência fática pretensamente neutra e tonalidade afetiva neutra. Com isso, pode não haver um devido estado afetivo dos juízes nas situações em que há uma facticidade tendenciosa, existência fática tendenciosa e tonalidades afetivas com valências positiva e negativa intensas, relativamente ao caso concreto. Tonalidades afetivas adequadas são essenciais para o processo de tomada de decisão em casos que não são fáceis, não sendo raro a razão precisar do auxílio das reações afetivas nos casos mais complexos. É que em casos fáceis o fator afetivo não tem influência ou é irrelevante[87], já que a decisão decorrerá de simples

possuem uma capacidade limitada. Se sua mente dispuser apenas do cálculo racional puro, vai acabar por escolher mal e depois lamentar o erro, ou simplesmente desistir de escolher, em desespero de causa. O que a experiência com doentes como Elliot sugere é que a estratégia fria defendida por Kant, entre outros, tem muito mais a ver com a maneira como os doentes com lesões pré-frontais tomam suas decisões do que com a maneira como as pessoas normais tomam decisões." (*O erro de Descartes – emoção, razão e o cérebro humano*, São Paulo, Companhia das Letras Editora, 2021, página 162, tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado)

[87] Sobre essa questão, o jurista Richard Posner afirma: "Mas não se pode negar o perigo do excesso de emocionalidade na decisão de um caso difícil. Quanto mais incerta for a tarefa decisória, mais fraca será a resistência que os fatores 'objetivos' (no sentido de "inafetivos") oferecerão à emoção inadequada. A maioria das pessoas consegue somar dois e dois corretamente, seja qual for seu estado emocional. Mas quando o desafio intelectual é maior, também aumenta o perigo de que a emoção 'sugestione' a reação. Este é um dos motivos que levaram à criação das normas destinadas a limitar o envolvimento emocional do juiz nos casos que julga, como aquela que o proíbe de participar de um caso no qual um parente seu também participe como uma das partes ou como advogado ou no qual ele tenha algum interesse financeiro." (*Fronteiras da teoria do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021, páginas 305 e 306, tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara)

procedimentos de aplicação das normas jurídicas, não havendo poder discricionário dos juízes ou sendo ele muito pequeno. Apresentando exemplos de casos fáceis do mundo jurídico, basta verificar situações relativas à competência dos juizados com base no critério objetivo de valor[88], à fixação da incapacidade civil ou da inimputabilidade penal apoiada na idade[89], ao reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário[90], à aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores[91], à confirmação da existência de trabalho noturno de um trabalhador[92], à classificação prioritária de créditos trabalhistas em falência[93] etc. Se no que concerne aos casos fáceis as tonalidades afetivas praticamente não têm relevância, o mesmo não ocorre em relação aos casos complicados, de maneira que os afetos são indispensáveis para o julgamento, porquanto sem eles o processo cognitivo racional dos juízes seria absolutamente moroso ou até inviável, podendo gerar certas racionalizações sem fim. As tonalidades afetivas induzem respostas em relação às circunstâncias, de forma que reações afetivas exageradas podem implicar decisões judiciais inadequadas nos casos mais complexos, na medida em que a racionalidade jurídica do juiz pode ser orientada em

---

[88] A Lei nº 9.099/1995, estabelece: “Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínio”; a Lei nº 10.259/2001, determina, no âmbito da Justiça Federal: “Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

[89] O Código Civil prescreve: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”; O Código Penal diz: “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

[90] O Código Tributário Nacional afirma: “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito do seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento.”

[91] A Constituição Federal estabelece: “Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do §1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.”

[92] A Consolidação das Leis do Trabalho diz: “§ 2º. Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.”

[93] Determina a Lei nº 11.101/2005: “Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho. (...)”

uma dada direção. Daí porque a ideia de devido estado afetivo é apropriada, na medida em que as tonalidades afetivas são essenciais para o julgamento dos casos controvertidos[94].

A noção de um devido estado afetivo dos juízes indica que eles devem manter um certo domínio das suas tonalidades afetivas intensas, procurando exercer uma espécie de autocontrole afetivo. O autodomínio das tonalidades afetivas mais fortes em relação a um caso sinaliza uma singular reação afetiva do juiz. Um exemplo de devido estado afetivo se dá quando o juiz desenvolve empatia não apenas com as pessoas presentes, mas também com as ausentes, nivelando, assim, o sentimento de solidariedade. Explicando melhor: a parte presente em um processo – pode ser, por exemplo, um réu em um processo criminal – tem a capacidade de gerar uma empatia no juiz ou no júri superior à vítima do crime, que está ausente fisicamente do julgamento em virtude da sua morte. Assim, se o réu for de maneira apropriada conduzido por seu advogado, se se comportar adequadamente no julgamento, manifestar arrependimento, suplicar misericórdia etc., ainda que falsamente, não passando de um teatro, ele tem a possibilidade de despertar maior empatia a seu favor do que a vítima morta. A ausência não diz respeito apenas a casos criminais de homicídio, mas também a questões de direito civil, econômico, trabalhista etc., pois o que se deve buscar é uma forma de empatia com aqueles que serão afetados pela decisão a favor de uma parte, que está presente no processo. Estes ausentes podem apresentar um grau elevado de indeterminação, apontando para um grupo social como um todo. Os defuntos e os seres humanos que estão distantes podem ser

[94] É interessante destacar que, para o jurista Richard Posner, as tonalidades afetivas, além de serem relevantes para os julgamentos dos casos complexos, estão na base da moral: “Os casos que apresentam questões jurídicas de difícil resolução (não por serem complexas do ponto de vista analítico, mas por serem indeterminadas da perspectiva racional) não podem, obviamente, ser decididos sem o concurso dos sentimentos morais e das preferências políticas. Nesses casos, parece que a presença de uma gama de emoções mais rica seria apropriada ou, pelo menos, inevitável. Até certo ponto isso é verdade, sobretudo para alguém como eu, que defende uma concepção essencialmente emocional da moral.” Mais adiante, Richard Posner diz: “Portanto, levo tão a sério a importância da emoção como fator cognitivo, que reluto em atribuir à razão o papel de um tribunal que passa em revista as emoções e decide quais delas o direito deve encorajar (a tolerância, talvez, mas não a repulsa). A pedra angular de muitas de nossas regras morais é a emoção e não uma razão avaliadora de emoções. (...) Para ele, a regra (digamos, contra o infanticídio cometido pela mãe) pareceria arbitrária, ao passo que uma pessoa dotada de atributos emocionais normais rejeitaria a contestação de imediato, pois suas emoções a fariam agir dessa forma. Esta é a reação correta para quem (como eu) considerar que não faz parte do papel dos juízes demolir o código moral de sua sociedade ou, o que seria quase a mesma coisa, insistir na concepção de justificativas convincentes para esse código.” (*Fronteiras da teoria do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021, páginas 305 e 307, tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara)

ofuscados pelos seres humanos que estão vivos e presentes diante do juiz ou do júri. Os fenômenos descritos dizem respeito à noção desenvolvida pelos psicólogos de heurística da disponibilidade[95]. O viés da disponibilidade significa imputar valores superiores às tonalidades afetivas experimentadas e vividas diretamente, dando, assim, mais importância às partes presentes do que as ausentes no julgamento. A heurística da disponibilidade é o nome que causa este tipo de problema decisório, em virtude de um certo desnivelamento do sentimento de solidariedade, que tem o potencial de distorcer o processo racional de tomada decisão do juiz. Por conseguinte, para obter um devido estado afetivo neste exemplo de heurística da disponibilidade, o juiz deve buscar nivelamento de empatia em relação aos presentes e ausentes em um caso concreto, para que este seja tratado de forma semelhante não só de uma perspectiva racional, mas também do ponto de vista da tonalidade afetiva.

Um dos fatores para obter conhecimento é o tempo, de modo que uma decisão para ser racional não necessita, e nem consegue em casos complicados, ter acesso a todas as informações, avaliar todas as possibilidades, todas as consequências etc. Pouco conhecimento sobre uma situação não é sinônimo de irracionalidade ao se tomar uma decisão. Uma decisão é racional mesmo com a ajuda de alguma tonalidade afetiva que serve como uma espécie de instrumento redutor de tempo. A irracionalidade de uma decisão decorre de impulsos e tonalidades afetivas que sobrepujam a força da razão. Aqui é oportuno ressaltar que uma existência fática tendenciosa em relação ao caso tem grande possibilidade de gerar uma irracionalidade da decisão se ela for guiada por intensas tonalidades afetivas positivas ou negativas. Enfim, o que importa destacar é que as tonalidades afetivas de fato podem afetar os julgamentos, de maneira que a interpretação e a linguagem de uma decisão judicial são diversas vezes originadas das reações afetivas dos juízes. Portanto, para que o princípio da imparcialidade e do devido processo legal sejam efetivamente respeitados, os juízes devem fazer um esforço racional para lidar com eventuais tonalidades afetivas exageradas – que podem derivar de uma existência

[95] Para aprofundamento acerca da heurística da disponibilidade, de outras heurísticas e de diversos vieses cognitivos, conferir Daniel Kahneman (*Rápido e devagar – duas formas de pensar*, Editora Objetiva, 2019, Tradução de Cássio de Arantes Leite), Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman (*Heuristics anda Biases – The Psycology of Intuitive*, Cambridge University Press, 2003), Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (*Judgmente under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge University Press, 2008)

fática tendenciosa em relação ao caso –, as quais são incompatíveis com um devido estado afetivo.

1.7.4. A linguagem e a decisão judicial

As práticas linguísticas de campos específicos como do direito, da neurociência, da engenharia, da economia, da física, da biologia, da teologia etc., têm significados e regras particulares, não obstante constituírem também uma linguagem ordinária para as pessoas que a praticam e derivarem da linguagem ordinária cotidiana. A diferença da linguagem jurídica está no uso de certos termos e conceitos, que constituem uma práxis linguística específica do mundo jurídico. A linguagem do direito pressupõe uma dada terminologia que não há na linguagem ordinária cotidiana, além de ser predominantemente escrita, o que lhe confere certa singularidade, sobretudo porque sua escrita é pautada por diversas regras *a priori*, não apenas, pois há também regras estabelecidas na própria prática da linguagem jurídica. Dessa forma, no âmbito jurídico, as práticas linguísticas têm algumas características singulares, uma vez que a linguagem do direito tem semânticas e regras jurídicas próprias do seu mundo.

A noção de significado na linguagem do mundo do direito tem certas particularidades em relação à ideia de significado da linguagem ordinária do dia a dia, visto que nesta o significado remete ao uso das palavras, ao passo que na linguagem jurídica o significado, embora também decorra de práxis linguísticas, como as práticas do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Poder Executivo, dos juristas etc., requer, entre outras condutas, interpretação das regras jurídicas. Ademais, como as regras jurídicas são criadas para diversas finalidades, é comum serem carregadas de termos e expressões com significados muitas vezes já definidos pelos próprios criadores dos enunciados normativos. Se o Poder Executivo e o Poder Legislativo, por exemplo, criam regras jurídicas sobre tributos, há enunciado normativo no sistema

jurídico explicitando o significado de tributo[96]; se o mundo do direito dispõe a respeito do Sistema Único de Saúde, ele mesmo já define unilateralmente alguns conceitos[97]; se é instituída uma lei geral de proteção de dados pessoais, o próprio texto normativo já determina diversos significados[98] e assim ocorre costumeiramente com muitas palavras e expressões empregadas nas práticas linguísticas do mundo jurídico. É evidente que as regras do direito não conseguem abarcar todos os fatos e situações que acontecem cotidianamente, porque os fenômenos da vida têm uma espécie de "vocação natural" para sempre ultrapassar, ir além de qualquer regulamentação normativa. Claro, o acontecer das relações humanas e da história têm um tipo de tendência para transcender os textos normativos positivados. Daí decorre uma das principais funções dos juízes ao proferir as decisões judiciais, eles têm sempre que lidar com essas distâncias que são criadas entre os enunciados normativos e os fenômenos do mundo, cabendo, assim, ao Poder Judiciário, na sua práxis jurídica, definir ou ajustar o conteúdo semântico de certas palavras e expressões.

---

[96] Dispõe o Código Tributário Nacional, artigo 3º: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.".

[97] Diz a Lei nº 8.080/1990, artigo 6º: "Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; (...) §1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: (...) §2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos. §3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:".

[98] Prescreve a Lei nº 13.709/2018, artigo 5º: Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III – dado anonimizado: dado relativo a titular que não possar ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV – banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; V – titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; VI – controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;"

A decisão judicial constitui um fenômeno que decorre de uma específica práxis jurídica, com regras particulares, praticada exclusivamente pelos juízes. Se a linguagem ordinária cotidiana é praticada por qualquer pessoa, a linguagem da decisão judicial, ao contrário, somente pode ser praticada pelo Poder Judiciário. Para aclarar a diferença entre a linguagem ordinária e a linguagem jurídica, basta verificar que nesta última existe uma série de requisitos previstos no sistema jurídico para que sejam obtidas certas respostas e realizados certos diálogos. Por exemplo, se uma pessoa quer fazer valer um direito qualquer previsto no sistema jurídico, ela tem que se utilizar de uma particular linguagem de uma ação judicial, relativa a uma especial linguagem de um processo judicial, que produz uma específica linguagem de uma decisão judicial etc. O sistema do direito estabelece uma série de regras linguísticas próprias para que seja possível proferir uma decisão judicial, tais como elaborar petições dirigidas obrigatoriamente aos juízes, fundamentar os pedidos, fazer pedidos juridicamente possíveis, atribuir valores às petições iniciais etc. Assim, as manifestações, os recursos, as petições iniciais etc., devem atender diversos requisitos legais, o que significa que a linguagem do direito que ocorre em um processo judicial é orientada por múltiplas regras, que são diferentes das regras gramaticais pensadas pelo filósofo Ludwig Wittgenstein[99].

[99] Objetivando expandir o entendimento do fenômeno da linguagem, é conveniente fazer um breve diálogo entre Wittgenstein e Heidegger acerca do assunto. A linguagem, para Wittgenstein, não tem essência, de modo que ela é entendida como jogos de linguagem, em que as práticas das pessoas geram significados, isto é, a semântica wittgensteiniana deriva do uso das palavras entre as pessoas, conforme regras gramaticais, as quais são também estabelecidas pela própria práxis linguística. O uso das palavras nos variados jogos de linguagens, uso este que gera tanto os significados quantos as regras, é sempre entre pessoas, nunca individual, uma vez que para Wittgenstein não existe a linguagem privada. Com isso, a prática da linguagem pensada por Wittgenstein aponta para uma prática social, de modo que essa práxis é realizada por pessoas com diferentes formas de vida, imagens de mundo e sistemas de crenças. Embora o pensamento wittgensteiniano tardio defenda uma inexistência da essência da linguagem, pois o que existe são jogos de linguagem e eles têm apenas semelhanças de família, ele não deixa de perguntar e falar acerca da essência da linguagem em algumas passagens das *Investigações filosóficas*. Se no primeiro Wittgenstein o conceito de mundo era fundamental, porque ele era o sustentáculo da essência da linguagem como representação, no segundo Wittgenstein a ideia de mundo não tem muita relevância, sendo dispensável, pois o que importa são os jogos de linguagem praticados pelas pessoas, em diferentes contextos. No entanto, é preciso salientar que o segundo Wittgenstein não nega a possibilidade de a linguagem representar o mundo, mas, sim, que a figuração não é sua essência, visto que as *Investigações filosóficas* demonstram a possibilidade de diferentes jogos de linguagem, inclusive aquele jogo de linguagem que representa o mundo. Porém, neste específico jogo de linguagem voltado para representar o mundo, não há que se falar em algo como uma estrutura lógica da linguagem que corresponde a uma estrutura lógica do mundo, mas apenas que as práticas linguísticas das pessoas atribuem significados para os fenômenos do mundo. Na filosofia heideggeriana o conceito de mundo é imprescindível. No primeiro capítulo ressaltou-se que a linguagem para Heidegger, em *Ser e tempo*, decorre dos fenômenos do mundo, os quais sempre carregam sentidos de ser, gerando, assim, possibilidades de significados para as pessoas e que, por

isso, podem atribuir nomes e palavras. O mundo está na origem do significado das palavras, não somente porque tudo o que se manifesta se manifesta no mundo, mas também porque tudo o que se revela, se revela em alguma rede referencial, ou seja, é o mundo e a manifestação dos fenômenos em cadeias remissivas que dão origem aos significados. Ademais, tudo o que se manifesta no mundo, pode se manifestar de forma compartilhada, isto é, diferentes pessoas podem ter acesso e conhecimento dos mesmos fenômenos. O próprio significado da palavra linguagem é derivado de fenômenos do mundo, relativos ao ser-aí, cuja estrutura ontológica fundamental é ser-no-mundo. Heidegger era um pensador que frequentemente buscava refletir sobre os fenômenos originários, como, por exemplo, suas ideias acerca dos fenômenos do tempo e do espaço do ser-aí, os quais eram entendidos em *Ser e tempo* como temporalidade originária (temporalidade existencial) e espacialidade originária (espacialidade existencial). A analítica existencial do ser-aí investigou as estruturas ontológicas universais e originárias deste ente. Algumas dessas estruturas dizem respeito aos elementos originários da abertura do ser-aí, sendo a linguagem precisamente um destes componentes cooriginários. Por conseguinte, o pensamento de Heidegger em relação à linguagem, assim como sobre outras questões, é comumente voltado para se desvelar os fenômenos originários, o que não significa que ele exclua as concepções derivadas dos fenômenos originários. Por exemplo, a ideia de compreensão heideggeriana remete a um existencial e, portanto, um modo de ser originário do ser-aí, mas Heidegger entende que há outros tipos de compreensão, derivados do sentido de compreensão como elemento originário da abertura do ser-aí, de forma que a palavra compreensão pode também ser assimilada como uma forma de conhecimento, de cognição racional, de entendimento teórico etc. É o que ocorre também com o fenômeno da linguagem, pois para Heidegger não há uma isomorfia entre o mundo e a linguagem, de modo que o ser-aí pode continuamente ampliar os limites da linguagem, que não são claros, precisos e estanques. O ponto é que em *Ser e tempo* os fenômenos do mundo se manifestam com sentidos de ser, de forma que a linguagem para Heidegger não representa exatamente os fenômenos, pois existem diversas possibilidades de significados para o ser-aí e, consequentemente, de criação de diferentes jogos de linguagens sobre um mesmo fenômeno que se deu no mundo. O pensamento de Heidegger não é de que exista uma referência entre um fenômeno e a linguagem, mas, sim, referências entre um fenômeno e a linguagem, já que os fenômenos podem se revelar com múltiplos sentidos de ser. É que os fenômenos se manifestam sempre em uma rede referencial, nunca isoladamente, e, precisamente, tal situação está na gênese dos significados. Porém, isso não quer dizer que as pessoas estão obrigadas a nomear as coisas considerando como elas se manifestam no mundo, mas, sim, que são comuns tais práticas linguísticas. Não há em *Ser e tempo* nenhum entendimento de Heidegger de que a linguagem *deve* de alguma forma representar os fenômenos, mas, sim, que ela *pode* representar os fenômenos do mundo que são compartilhados e que é assim que usualmente acontece na cotidianidade do ser-aí. Um dos motivos pelos quais é possível um diálogo a respeito do fenômeno da linguagem entre Wittgenstein e Heidegger é que a ideia de linguagem para este último é pensada a partir desse caráter originário, que diz respeito a um modo de ser fundamental do ser-aí. Neste contexto, a concepção de Wittgenstein a respeito da linguagem têm um caráter derivado em relação ao entendimento heideggeriano. Um ponto em comum é que para ambos os filósofos não existe linguagem privada. *Wittgenstein* dedica vários parágrafos das *Investigações filosóficas* para demonstrar a inexistência de uma linguagem privada, especialmente aqueles entre os parágrafos 243 a 315. Heidegger não discute a questão da linguagem privada em *Ser e tempo*, pelo menos não de forma explícita, mas a analítica do ser-aí resulta na mesma conclusão wittgensteiniana em relação a este tema. De fato, o ser-aí tem a estrutura ontológica fundamental de ser-no-mundo, de maneira que este ente, sendo, é o seu mundo. Como o existencial ser-no-mundo implica uma superação da subjetividade, do ponto de vista ontológico, a linguagem do ser-aí jamais é e pode ser privada, já que é sempre e necessariamente a linguagem de seu mundo, vale dizer, a linguagem do ser-aí é sempre a linguagem das pessoas do seu mundo circundante, nunca uma linguagem particular sua. Consequentemente, quando se manifestam no mundo os fenômenos que geram sentidos de ser e que possibilitam a abertura de significados, a linguagem utilizada por qualquer ser-aí é inevitavelmente a linguagem do seu mundo circundante social, transmitida por tradição, criada por práticas linguísticas de diferentes pessoas em distintas épocas. Aí se manifesta a semântica wittgensteiniana, na medida em que o uso da linguagem é o que dá significado aos fenômenos do mundo. Porém, essa prática linguística geradora de significados nunca se dá a partir do nada, isto é, não há um grau zero de sentidos, um vazio semântico, na medida em que há um mundo comum compartilhado e as pessoas lidam com os fenômenos mundanos sempre com seus modos originários de ser: disposição, compreensão, linguagem e decadência. No pensamento wittgensteiniano a

É oportuno elucidar que o pensamento do Wittgenstein tardio se aproxima em alguns aspectos do pensamento do jovem Heidegger, de modo que *Investigações filosóficas* e *Ser e tempo* apresentam alguns específicos pontos que convergem[100]. Ademais, cabe destacar que as regras gramaticais consideradas por Wittgenstein são necessariamente regras sociais, no sentido de que são criadas nas práticas entre pessoas, nunca particularmente, já que não há uma linguagem privada. No mundo do direito, porém, é absolutamente comum regras jurídicas serem estabelecidas individualmente, de modo que na linguagem jurídica é usual tanto o estabelecimento de regras *a priori* quanto regras criadas por uma pessoa, como aquelas instituídas,

---

respeito da linguagem não há algo como uma fundação que alicerça os jogos de linguagens, pois o mundo não é o fenômeno que mais importa para a linguagem, mas as práticas das pessoas. Para Heidegger o mundo e a estrutura ontológica ser-no-mundo se revelam como condição de possibilidade da linguagem, seja porque o mundo é o espaço de manifestação dos fenômenos, seja porque o mundo é o lugar que o ser-aí habita e tem com ele familiaridade. Daí porque o que se manifesta no mundo se manifesta como algo para o ser-aí, isto é, os fenômenos que acontecem no mundo trazem sempre algum sentido de ser para o ser-aí, ainda que ele não os entenda, que seja algo que ele não conheça, que nunca viu. Dizendo de forma mais clara: o que se manifesta no mundo pode ou não ser conhecido pelo ser-aí, mas sempre e necessariamente se manifesta com algum sentido de ser, pois os fenômenos sempre se manifestam como algo e não como um nada. Nesse contexto, o pensamento de Heidegger acerca da linguagem estabelece algumas fundações, que podem ser utilizadas de forma compatível com a noção de jogos de linguagem, já que as práticas linguísticas pensadas por Wittgenstein são inevitavelmente práticas no mundo e são práticas do ente que é ser-no-mundo, ou seja, ainda que a visão wittgensteiniana tardia acerca da linguagem ignore o mundo, diferentemente do que ocorria na filosofia do primeiro Wittgenstein, é indubitável que o mundo faz parte de qualquer prática linguística – e práxis jurídica –, tendo o ser-aí uma especial relação de habitação no mundo que repercute nas suas práticas linguísticas.

[100] Sobre essa questão é interessante trazer lição do filósofo americano Richard Rorty: “O Dasein era linguístico de ponta a ponta, da mesma forma que era social de ponta a ponta. O que o jovem Heidegger nos conta sobre a situação sócio-histórica do Dasein é justamente o que o segundo Wittgenstein nos conta sobre nossa situação com relação à linguagem – que quando tentamos transcendê-la, nos virando para a metafísica, nos tornamos seres autoenganadores, inautênticos. Mas o segundo Heidegger afastou-se das sentenças e discursos em direção às palavras singulares – palavras que tinham de ser abandonadas logo que deixavam de ser insinuações (*Winke*) e se tornavam signos (*Zeichen*); logo que elas se inseriam em relações com outras palavras e então se tornavam instrumentos para executar propósitos. O jovem Wittgenstein – não pragmático, místico – queria que as sentenças fossem imagens, ao invés de meros instrumentos. Em contraste, o jovem Heidegger, pragmático, o filósofo da relacionalidade (*Bezuglichkeit*) inescapável, estava contente em deixa-las ser instrumentos. Mas o segundo Wittgenstein, mais pragmático, ficou contente em pensar nelas como instrumento, quase ao mesmo tempo em que o segundo Heidegger decidiu que o seu pragmatismo inicial tinha sido uma rendição prematura à ‘razão (que), glorificada por séculos, é o adversário mais recalcitrante do pensamento’. Segundo a leitura que faço agora, esses dois grandes filósofos passaram um pelo outro no meio da carreira, indo em direções opostas. Wittgenstein, no *Tractatus*, partiu de um ponto que, para um pragmatista como eu, parece muito menos esclarecedor do que o de *Ser e tempo*. Mas, enquanto Wittgenstein avançava em direção ao pragmatismo, ele cruzou com Heidegger vindo do outro lado – afastando-se do pragmatismo e dirigindo-se ao mesmo ânimo escapista em que o *Tractatus* tinha sido escrito, esforçando-se por recuperar para o ‘pensamento’ o tipo de sublimidade que o primeiro Wittgenstein havia encontrado na lógica.” (*Ensaios sobre Heidegger e outros – escritos filosóficos 2.* Rio de Janeiro, Relume Dumará Editora, 2002, página 77, tradução de Marco Antônio Casanova)

por exemplo, por um juiz ao proferir uma decisão judicial. Claro que qualquer regra jurídica, em um certo sentido, é uma regra social, na medida em que é uma comunicação dentro do sistema do direito, que é um subsistema da sociedade. As regras jurídicas são tipos de comunicações sociais, mas no mundo direito há vários agentes públicos com poderes para praticar atos individuais geradores de enunciados normativos. Portanto, a linguagem do direito não se confunde exatamente com a linguagem ordinária cotidiana, embora seja dela derivado.

A linguagem do direito somente pode ser praticada por pessoas vinculadas ao mundo jurídico, tais como os juízes, advogados, promotores, fiscais, políticos, policiais etc. Além disso, a linguagem do direito apresenta certas peculiaridades, uma vez que são criadas, entre outras, entidades artificiais (ficções jurídicas) para regular fenômenos da vida cotidiana, como, por exemplo, a figura da pessoa jurídica, que "nasce" e "morre", tendo direitos e deveres. O mundo do direito é recheado de ficções jurídicas necessárias à ordenação da vida em sociedade, criando conceitos como o de comoriência[101], instituindo ideias como a de dignidade da justiça[102], estabelecendo que a hora noturna tem duração inferior a 60 (sessenta) minutos[103], ampliando o território nacional[104], instituindo presunções[105] etc. Destarte, é comum na linguagem jurídica uma certa distorção da realidade, de modo a produzir espécies de mentiras

[101] Com a noção de comoriência o direito estabelece uma presunção de morte simultânea, que é importante para fins sucessórios. Prescreve o Código Civil, artigo 8º: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar-se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.".

[102] Dispõe o Código de Processo Civil, artigo 774: "Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: I – frauda a execução; II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III – dificulta ou embaraça a realização da penhora; IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais; V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.".

[103] Estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 73, §1º: "A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.".

[104] Determina o Código Penal, artigo 5º, §1º: "Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a servido do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.".

[105] Expressa o Código Tributário Nacional, artigo 185: "Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.".

técnicas para lidar com as múltiplas situações da vida. Se para uma dada tradição filosófica o significado de uma palavra é o seu uso por qualquer pessoa, no jogo de linguagem jurídico existem jogadores que têm uma certa autoridade especial para gerar semânticas por meio de suas práticas linguísticas, como ocorrem com os políticos e juízes. Como a linguagem ordinária pode ser praticada por qualquer pessoa, quaisquer práticas sociais linguísticas têm capacidade de criar significados, o que já não ocorre no mundo do direito, pois muitas semânticas jurídicas não surgem e não podem surgir de jogos de linguagem aleatórios e livres de regras *a priori*, uma vez que exigem processos e procedimentos específicos realizados por pessoas dotadas de competências jurídicas para tanto. Cabe ainda destacar que a linguagem do juiz exige algo que não é exigido na linguagem ordinária: consciência hermenêutica. Há sempre uma distância temporal entre uma regra jurídica e o juiz que a aplica gerando outra regra, porque o Poder Judiciário só produz regras tendo como fundamento parâmetros normativos, os quais são interpretados na prática cotidiana do juiz, apontando para uma consciência hermenêutica que não é necessária, em geral, na prática da linguagem ordinária. Assim, no mundo do direito, a linguagem de uma decisão judicial aponta para um aspecto procedimental. Não se reduz ao procedimento, mas este é essencial para a produção de significados pelos juízes.

A linguagem de uma decisão judicial sempre transcende a ideia de subjetividade do juiz. Com efeito, a linguagem de uma decisão judicial, assim como qualquer jogo de linguagem do mundo jurídico, nunca é a linguagem de um específico juiz, no sentido acima exposto. Isso significa que a linguagem que um juiz utiliza para julgar um caso é inevitavelmente uma linguagem derivada de alguma prática linguística de seu mundo circundante, vale dizer, a linguagem da decisão judicial é necessariamente a linguagem de uma dada tradição jurídica, nunca uma linguagem privada de um juiz. Quaisquer formas ou concepções jurídicas usadas em um processo judicial já são sempre formas ou concepções jurídicas de um dado mundo circundante social. Com isso, há inquestionavelmente um limite à atividade criativa do Poder Judiciário, pois do ponto de vista ontológico da analítica do ser-aí a linguagem de um juiz é sempre a linguagem de seu mundo. Assim, ainda que um dado juiz tenha uma postura fortemente subjetivista, voluntarista, ativista, arbitrária etc., as suas decisões judiciais sinalizarão práticas linguísticas que têm relação com a alguma tradição jurídica. Mesmo que uma decisão judicial rompa com uma tradição, ainda assim isso só seria possível por meio de práxis linguísticas do próprio mundo

circundante do juiz. Consequentemente, a capacidade criativa de um juiz é limitada por fatores diversos: linguagem, tradição, decadência, mundo circundante etc. Neste específico e amplo sentido, não haveria a rigor uma decisão judicial inovadora, pois de alguma forma ela é produzida a partir de sentidos já fornecidos pelo mundo. Claro que diante dos casos concretos os juízes podem contribuir singularmente a partir de sua existência fática particular, mas mesmo nestes casos os conceitos e os jogos de linguagem usados são aqueles já fornecidos por um dado mundo circundante. Logo, em toda decisão judicial há sempre uma relação entre a subjetividade do juiz, do ponto de vista ôntico, e os sentidos fornecidos pelo mundo.

Analisar o fenômeno da decisão judicial somente a partir de uma visão wittgensteiniana acerca da linguagem pode gerar uma forma de poder discricionário muito forte aos juízes, pois os significados e as regras dos jogos de linguagens das decisões judiciais seriam definidos somente pelas práticas do Poder Judiciário. Já quando se trazem as lições de Heidegger, o espaço de liberdade para a produção de significados jurídicos diminui, porque a linguagem de uma decisão judicial deve ser coerente com o fenômeno que está em jogo no caso concreto e com as redes referenciais que o acompanham. Isso não significa que inexista liberdade para o Poder Judiciário ajustar ou criar semânticas jurídicas, mas, sim, que elas devem ser compatíveis e coerentes com os fenômenos discutidos no processo judicial. As práxis jurídicas anteriores sobre o assunto devem ser consideradas nos julgamentos dos juízes, ainda que para rejeitá-las, pois há necessidade de um diálogo hermenêutico com os jogos de linguagens jurídicos já praticados, os quais devem ter relação com os fenômenos em discussão.

A prática da linguagem do direito vincula-se indubitavelmente à ontologia, apesar de predominar o aspecto deontológico no que diz respeito às normas jurídicas. A relação da linguagem do direito com a ontologia se dá especialmente de duas formas. A primeira diz respeito ao fato de que os textos normativos se referem a fenômenos do mundo[106], de modo que para uma adequada compreensão e

[106] Para aprofundamento desta questão, conferir a obra *Teoria estruturante do direito* do jurista alemão Friedrich Müller, que reconhece o vínculo necessário entre ser e dever-ser nas normas jurídicas, as quais, além do texto normativo, abarcam também um âmbito normativo. Müller diz: "Observando-se pelo prisma da teoria da norma, devem-se tirar conclusões específicas do conhecimento de que toda validade jurídica seria validade que visa a um fato real e que ser e dever-ser estariam interligados de modo correlativo. Na função de regulamentação obrigatória, que necessita de concretização, a disposição legal engloba, do mesmo modo, tanto o agente regulador, como também aquilo que é regulado (e aquilo que é formulado como possível na realidade). Na de

interpretação é necessário entrar em âmbitos ontológicos. A segunda diz respeito ao fato de que no campo jurídico certas práticas linguísticas ingressam explicitamente no âmbito ontológico, uma vez que os textos normativos frequentemente definem o que é um determinado fenômeno, ainda que de forma artificial, como já exemplificado e descrito em notas de rodapé do tópico anterior (definição de tributo, de dado pessoal, de dado anonimizado, de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica etc.).

O caráter deontológico do mundo do direito se conecta com a ontologia, de modo que a linguagem jurídica não é apenas deontológica, mas também ontológica. Por conseguinte, nesta tese avança-se em relação ao tradicional pensamento jurídico de que o mundo dos fatos é apenas o mundo do ser (ontologia) e o mundo das normas é tão somente o mundo do dever ser (deontologia)[107], seja porque há enunciados normativos com aspectos ontológicos, seja porque há normatividade derivada da própria existência fática cotidiana do ser-aí. Não se questiona que o direito é principalmente caracterizado por seus modais deônticos (permitir, obrigar e proibir), mas, sim, que diversos enunciados normativos retratam uma ontologia e não uma deontologia, pois definem entes, dizendo o que é algo, e não somente como deve ser. As condutas dos seres humanos podem estar em desacordo – e sofrer sanções – com as normas deontológicas, já que os enunciados normativos com conteúdo ontológico não buscam regular os comportamentos das pessoas, mas antes declarar o que é um dado ente. Uma coisa é dizer que as reuniões do Congresso Nacional serão obrigatoriamente na Capital Federal[108] (deontologia), outra coisa é declarar que

---

modelo de ordenamento, ela é integralmente fundamentada tanto pelo agente ordenador como pela esfera ordenada (tipologicamente apreendida no âmbito normativo).” (*Teoria estruturante do direito*. São Paulo, Editora Revisa dos Tribunais, 2008, páginas 225 e 226, tradução de Peter Naumann e de Eurides Avance de Souza)

[107] Acerca do assunto, é oportuna lição de Hans Kelsen: “O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. (...) Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, páginas 04 e 05)

[108] Estabelece a Constituição Federal, artigo 57: “O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.”.

Brasília é a Capital Federal[109] (ontologia); uma coisa é proibir a União de instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional[110] (deontologia), outra coisa é definir o que é tributo[111](ontologia); uma coisa é permitir estabelecer domicílios distintos em razão de contratos[112] (deontologia), outra coisa é conceber o que é o domicílio da pessoa natural[113] (ontologia) e assim por diante. A relevância em entender as diferentes práticas linguísticas do direito concernentes à ontologia e à deontologia, bem como a ideia de normatividade existencial, tem relação com temas jurídicos essenciais relativos ao fenômeno da decisão judicial, tais como o da discricionariedade judicial, da aplicação ou da criação do direito pelo Poder Judiciário, da fundamentação das decisões judiciais etc. Estes assuntos serão examinados nos últimos capítulos.

[109] Prescreve a Constituição Federal, artigo 18, §1º: “Brasília é a Capital Federal.”

[110] Diz o Código Tributário Nacional, artigo 10: “É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, ou que importe distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município.”.

[111] Já foi transcrito em nota de rodapé anterior o artigo 3º do Código Tributário Nacional, que define o que é tributo.

[112] Dispõe o Código Civil, artigo 78: “Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.”.

[113] Define o Código Civil: “Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência como ânimo definitivo. Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas. Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.”.

2. A ANÁLISE DA COMPREENSÃO, DA INTERPRETAÇÃO E DA LINGUAGEM DO SER-AÍ – CONTRIBUIÇÕES FILOSÓFICAS DE HANS-GEORG GADAMER

Gadamer escreveu a sua obra máxima, sobretudo, a partir de alguns conceitos fundamentais apresentados por Heidegger, especialmente no que diz respeito à análise do ser-aí[114]. Evidentemente, tanto o livro *Ser e tempo* quanto a filosofia de Heidegger em geral não foram as únicas influências de Gadamer na elaboração de *Verdade e método*, uma vez que este tratado apresenta um diálogo com diversos outros pensadores, tais como Husserl, Dilthey, Schleiermacher, Kant, Hegel, Aristóteles, Platão etc. Porém, o pensamento heideggeriano tem um lugar especial na hermenêutica filosófica gadameriana, sendo oportuno ressaltar que Heidegger não apenas teve uma relação de convivência com Gadamer, como também foi seu mestre por um período. Por sua vez, os pensamentos de Husserl e Dilthey tiveram influência fundamental em Heidegger, que desenvolveu a sua fenomenologia hermenêutica precisamente a partir das ideias de Husserl, no que concerne à fenomenologia, e Dilthey, no que atine à hermenêutica. Consequentemente, as ideias de Husserl e Dilthey têm também fundamental relevância no pensamento gadameriano[115]. Assim, realizado este breve esclarecimento sobre os variados influxos de *Verdade e método*, cabe destacar que Gadamer investiga os fenômenos da compreensão e da intepretação, mormente, à luz da filosofia heideggeriana. Por conseguinte, para Gadamer, a compreensão também é um modo de ser fundamental do ser-aí. Ademais,

---

[114] No prefácio de *Verdade e método*, Gadamer diz: “A analítica temporal da existência (*Dasein*) humana, desenvolvida por Heidegger, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um dentre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da pré-sença (*Dasein*). O conceito de ‘hermenêutica’ foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. O fato de o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; reside na natureza da própria coisa.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 16, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[115] Gadamer finaliza a introdução de *Verdade e método*, afirmando no último parágrafo: “A conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl converteu em dever, a amplitude do horizonte histórico, onde Dilthey situou todo filosofar, e, não por último, a conjugação de ambos os impulsos pela orientação que há décadas recebemos de Heidegger, dão a medida que se impôs o autor, cuja vinculabilidade não deveria ser escurecida, apesar das imperfeições de sua execução (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 34, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

a compreensão, embora distinta, é indissociável da intepretação, porque toda interpretação é compreensiva e toda compreensão é interpretativa, como já examinado no primeiro capítulo deste trabalho. Com isso, aclarando um dos alicerces da hermenêutica filosófica gadameriana, torna-se menos penoso captar as suas ideias, principalmente considerando as lições heideggerianas explanadas no capítulo inicial deste trabalho.

A compreensão não se reduz a algo como um simples comportamento subjetivo do ser-aí, visto que ela sempre se relaciona a um acontecer que o transcende, de maneira que a intepretação que deriva da compreensão do ser-aí nunca se configura como uma perspectiva meramente pessoal. Gadamer procura investigar, sobretudo, os fenômenos que não são conduzidos, controlados e delimitados pelo ser-aí na interpretação, mas antes que acontecem em sua existência fática para além de qualquer ação ou vontade deste ente. O pensamento gadameriano procura analisar, entre outros fenômenos, como é possível obter a verdade em certas experiências, tais como a da filosofia, da história e da arte, visto que a ciência, guiada por métodos, não consegue resolver este problema. Daí a necessidade da hermenêutica, que representa uma forma de conhecimento diferente das ciências naturais. Algumas estranhezas do ser-aí, concernentes a certas áreas do saber humano, somente podem ser superadas pela hermenêutica. É precisamente em razão da diferença dos fenômenos pesquisados pela hermenêutica filosófica e pelas ciências naturais, que a primeira parte de *Verdade e método* é sobre a experiência da arte – cujo título é *"A liberação da questão da verdade a partir da experiência da arte"* –, porque esse fenômeno, que não pode ser analisado a partir de métodos científicos, sinaliza uma transcendência a uma perspectiva subjetiva do ser-aí. Gadamer desenvolve, assim, a ideia de horizontes interpretativos, de modo que estes referem-se não somente ao ser-aí que interpreta, mas também ao próprio ente a ser interpretado. Consequentemente, com a noção de horizontes de interpretação, Gadamer apresenta a concepção de fusão de horizontes, que será analisada mais adiante em tópico próprio. Por ora, cabe destacar que os horizontes do ser-aí que interpreta e do ente interpretado não somente remetem à historicidade de ambos, implicando uma relação temporal entre passado e presente na qual ocorre a fusão de horizontes, mas também apontam para o fenômeno da aplicação. Destarte, Gadamer acrescenta um terceiro elemento à tradicional dupla constituída pela compreensão e pela intepretação, uma vez que para ele a aplicação é um fenômeno intrínseco ao citado par. Com isso,

Gadamer vai além da hermenêutica tradicional, que se limita aos fenômenos duais da compreensão e da intepretação, porquanto pensa que estes sempre demandam uma aplicação pelo intérprete, ou seja, no pensamento gadameriano não há compreensão e interpretação sem que ocorra alguma aplicação do compreendido e do interpretado.

Se toda interpretação indica uma aplicação e se toda aplicação sinaliza uma fusão de horizontes, em que se conectam passado e presente, é porque a história produz efeitos na compreensão do intérprete, ainda que este não tenha consciência desse fenômeno. Assim, Gadamer pondera que a história repercute incessantemente na compreensão, isto é, a história produz continuamente efeitos no compreender e no interpretar de qualquer ser-aí. Daí surge uma das noções centrais do pensamento gadameriano: a história efeitual. Esta, por sua vez, tem relação com a ideia de consciência histórica, tendo em vista que, se há uma história efeitual, a percepção desse fenômeno aponta para uma consciência histórica pelo intérprete. Além disso, o intérprete pode não apenas formar uma consciência da história, mas também questionar a própria tradição, na medida em que esta se manifesta e se transmite em virtude da linguagem. De fato, a linguagem permite diálogos do intérprete com o ente interpretado, possibilitando perguntas e respostas, de maneira que o seu caráter universal propicia o desenvolvimento de uma hermenêutica universal. A hermenêutica de Gadamer pretende ser universal. A linguagem, a experiência da estranheza e a possibilidade de não entendimento ou mal entendimento de algo são fenômenos universais. Nesse sentido, fica manifesta a pretensão de universalidade da hermenêutica gadameriana. Com esse panorama geral delineado, ainda que superficialmente, preparou-se o terreno para o exame minucioso das questões centrais da hermenêutica filosófica de Gadamer. Todavia, antes, importa fazer uma introdutória concatenação da hermenêutica filosófica com o fenômeno da decisão judicial.

2.1. Toda decisão judicial tem prática hermenêutica: um diálogo com Gadamer

A investigação deste trabalho começou pela análise heideggeriana do ser-aí pelo motivo básico de que todo juiz é um ser-no-mundo. Logo, todo juiz tem quatro

elementos originários de abertura no mundo: disposição, compreensão, linguagem e decadência. Como toda interpretação é imanente à compreensão e esta não se reduz a uma pura individualidade do intérprete, a práxis interpretativa dos juízes jamais é um fenômeno puramente subjetivo, na perspectiva ontológica heideggeriana. Daí porque as decisões judiciais nunca resultam de uma mera cognição particular dos juízes, de uma absoluta subjetividade. Realmente, os juízes, como seres no mundo, nunca criam decisões judiciais a partir de simples pensamentos internos, isto é, a "interioridade jurídica" dos juízes é formada essencialmente pelo fora, pelo externo, em virtude de sua abertura ao mundo. Por conseguinte, os juízes sofrem influências em sua existência fática cotidiana, tanto do seu espaço existencial quanto do seu contexto histórico. Embora os juízes sejam os seres no mundo responsáveis pela tarefa de proferir decisões judiciais, foi destacado anteriormente que a facticidade de cada juiz é distinta uma da outra. Deveras, os juízes são jogados de distintos modos no mundo, possuindo, assim, diferentes existências fáticas cotidianas, mundos circundantes, visões de mundo e conjuntos de crenças. É desigual o mundo circundante de um juiz que trabalha sozinho em uma cidade pequena, em que é responsável por julgar todos os processos desse lugar, envolvendo as mais variadas matérias, do mundo circundante de um juiz de uma capital responsável por julgar apenas uma determinada matéria, trabalhando em alguma vara especializada, tais como varas criminais, de família, previdenciárias, de execuções fiscais etc. São díspares também os mundos circundantes desses juízes com os dos juízes dos tribunais e, entre estes, há distinção dos mundos jurídicos circundantes dos juízes dos tribunais inferiores com relação aos juízes dos tribunais superiores. As influências no tempo presente decorrem da decadência dos juízes como um dos componentes originários de sua abertura, vale dizer, após ser jogado no mundo, o que se manifesta na atualidade da existência fática de cada juiz aponta para a concepção heideggeriana de decadência, que sinaliza a força do impessoal em um dado mundo circundante. Além da facticidade e da decadência, a existência também tem influência nas decisões judiciais dos juízes. Como a existência envolve projetar sentidos, compreender possibilidades, a ekstase do futuro tem relação com os julgamentos do

Poder Judiciário, notadamente quando se estabelece a necessidade de ponderar as consequências das decisões judiciais[116].

No que tange ao pensamento gadameriano, é oportuno enfatizar que a sua hermenêutica filosófica é desenvolvida para, entre outras coisas, tratar do problema da verdade em algumas áreas, visto que os métodos das ciências naturais não são compatíveis com tal empreitada. Destarte, não fazendo o direito parte do âmbito das ciências naturais, a intepretação é tanto o caminho para os juízes alcançarem a verdade em suas decisões judiciais quanto o meio pelo qual as partes e as pessoas do mundo jurídico em geral podem questionar a veracidade dos julgamentos do Poder Judiciário. A ideia de resposta verdadeira é melhor ou mais apropriadamente transposta para o mundo do direito com as noções de resposta adequada, legítima, válida etc., de forma que as decisões judiciais não são, a rigor, verdadeiras ou falsas. Esta específica questão semântica será analisada no último capítulo deste trabalho, especialmente no tópico relativo à teoria da única resposta correta do filósofo do direito Ronald Dworkin, de modo que por ora não tem problema empregar a noção de verdade, especialmente porque o presente capítulo diz respeito à práxis hermenêutica e à filosofia de Gadamer. Assim, para finalizar esta breve e propedêutica concatenação do pensamento gadameriano com a questão da decisão judicial, cabe realçar que todo juiz, ao proferir uma decisão judicial, realiza uma fusão de horizontes, pois cada juiz e cada caso concreto tem o seu horizonte interpretativo. Nesse sentido, os precedentes judiciais, para além de qualquer discussão acerca da necessidade de obediência pelos juízes, já sempre repercutem em sua intepretação, na medida em que formam os seus preconceitos. Estes preconceitos devem ser entendidos no sentido gadameriano, sem conotação pejorativa, pois constituem os prejulgamentos jurídicos de cada juiz. Além disso, a distinção entre casos fáceis e difíceis, que será

[116] É interessante destacar que o pragmatismo jurídico é uma corrente que foca nas consequências das decisões judiciais. Embora existam diferentes versões do pragmatismo jurídico, o que há de comum nelas é precisamente o olhar para o futuro, isto é, para as consequências das decisões. A propósito, é oportuno esclarecer que no sistema do direito do Brasil, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, retratada no Decreto-lei nº 4.657/42, foi alterada pela Lei nº 13.655/2018 para incluir a necessidade de consideração, pelos juízes, das consequências de suas decisões: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

examinada em tópico próprio no último capítulo, ressoa no esforço compreensivo dos juízes, já que nos casos controversos é necessário um empenho hermenêutico elevado do Poder Judiciário para que sejam proferidas decisões judiciais adequadas. Após essa sucinta aproximação com o mundo do direito, insta agora examinar detalhadamente as principais ideias da hermenêutica filosófica de Gadamer.

2.2. A consciência hermenêutica

Embora a consciência hermenêutica tenha sempre uma historicidade, visto que o intérprete é um ser histórico e o ente interpretado também tem sua história, é importante ressaltar que ela não se reduz ao fenômeno do tempo, porquanto, além do caráter histórico, uma consciência formada hermeneuticamente abarca outros fenômenos, como, por exemplo, a linguagem, que será analisada mais adiante em tópico próprio. Neste momento insta frisar que no pensamento gadameriano não existe consciência hermenêutica sem consciência histórica, sendo assim esta última condição de possibilidade para a primeira. De fato, a consciência hermenêutica remete a uma especial relação entre o horizonte do passado e o horizonte do presente, entre a historicidade do intérprete e a historicidade do ente interpretado, de maneira que a tradição se torna objeto de conhecimento. A ideia de consciência histórica, por sua vez, abarca uma pluralidade de consciências do intérprete, que se referem aos fenômenos da tradição, da autoridade, da distância temporal, da história efeitual e da fusão de horizontes, os quais serão examinados em tópicos específicos em virtude de sua fundamental importância para o entendimento da hermenêutica filosófica gadameriana. Não obstante a multiplicidade de fenômenos que formam a consciência histórica, de certa maneira ela pode ser sintetizada como um tipo de autoconhecimento histórico do intérprete a partir de sua própria história.

Há um insuperável condicionamento histórico do intérprete, vale dizer, toda e qualquer consciência hermenêutica é adestrada historicamente. Para além das circunstâncias fáticas derivadas da existência cotidiana, o intérprete se submete aos efeitos condicionadores da história. O ponto é que o intérprete não consegue eliminar os seus preconceitos em suas práticas interpretativas, sendo que qualquer experiência hermenêutica é inevitavelmente impregnada de historicidade. O que o

intérprete pode superar, então, são apenas as suas preconcepções ilegítimas, para realizar, assim, uma experiência hermenêutica por meio de prejulgamentos autênticos. Nesse sentido, os preconceitos do intérprete, diferentemente da tradição que nunca cessa, podem se suspender, na medida em que podem ser questionados. A consciência hermenêutica não tem aptidão para criar uma forma de conexão natural com o ente, gerando uma espécie de unidade, pois nela se dá tanto familiaridade quanto estranheza. A hermenêutica tem lugar precisamente nesta polaridade entre estranheza e familiaridade com o ente interpretado.

Se é possível pensar em uma consciência hermenêutica, é porque é possível pensar em uma consciência pré-hermenêutica. A hermenêutica filosófica gadameriana diz respeito a ambas, porque as duas espécies de consciências são históricas, sendo a consciência do intérprete sempre vinculada ao fenômeno da tradição e, consequentemente, à facticidade do ser-aí. A facticidade e a tradição remetem à visão de mundo e ao conjunto de crenças do intérprete, que alicerçam a sua consciência hermenêutica. Como a consciência hermenêutica remete a uma forma de autotransparência histórica, ela indica uma situação em que a clareza da história se refere tanto ao que se modifica quanto ao que permanece. E o que fica comumente desperta menos atenção do que o que muda. A exigência de uma consciência hermenêutica está conectada a uma não compreensão ou a uma má compreensão de algo, isto é, quando o intérprete não compreende algo imediatamente, por si mesmo. Aí a reflexão sobre a história, tanto a do intérprete como a do ente interpretado, se faz necessária. A consciência hermenêutica exige abertura à diferença do ente interpretado, que pode ser um ente intramundano ou um ser-aí. E se é necessária uma abertura à alteridade e, portanto, uma receptividade ao que o outro ente diz, a consciência hermenêutica é dependente também da linguagem, porque há uma exigência de um diálogo hermenêutico. Somente é possível acessar autenticamente o ente interpretado, ouvindo-o e conversando com ele, em virtude do fenômeno da linguagem. Daí porque toda reflexão histórica é abarcada pela linguagem, de modo que a consciência hermenêutica sempre remete a um todo prévio linguístico, derivado de alguma tradição. Dessa maneira, além da história, a consciência hermenêutica exige linguagem, na medida em que ela só é desenvolvida pelo diálogo entre o ente interpretante e o ente interpretado. O fenômeno da linguagem será examinado em tópico próprio, em razão de sua fundamental

importância para a experiência hermenêutica. Antes, porém, é preciso explorar os fenômenos atinentes à consciência histórica do intérprete.

2.2.1. O círculo hermenêutico e os preconceitos do intérprete

O círculo hermenêutico representa uma ideia de que o todo é compreendido a partir das suas partes e de que as partes são compreendidas a partir do todo. Trata-se, assim, de um vaivém contínuo e necessário da interpretação entre o todo e as partes que compõem o todo. A circularidade consiste precisamente neste constante ir e vir, das partes ao todo e do todo às partes. Para Gadamer, esse movimento sucessivo do intérprete gera uma expansão do círculo hermenêutico, uma vez que a noção do todo não é fixa, de modo que o seu caráter elástico possibilita interpretações em contextos cada vez mais abrangentes. Dizendo de outro modo: quanto mais voltas o intérprete dá no círculo hermenêutico, mais este se expande, possibilitando, assim, melhores interpretações. Heidegger aprimora e amplia a análise do círculo hermenêutico ao explicar que toda interpretação pressupõe uma posição prévia, uma visão prévia e uma concepção prévia, o que significa que todo círculo hermenêutico tem estruturas prévias de interpretação. Todo intérprete entra em um círculo hermenêutico sempre com prejulgamentos, decorrentes de seus preconceitos adquiridos em sua existência fática cotidiana. É a partir da facticidade do ser-aí que se formam os arcabouços prévios interpretativos, gerando uma ligação entre o intérprete e a sua tradição. Heidegger destaca em *Ser e tempo* a conexão entre a existência fática do ser-aí e as estruturas prévias da interpretação, realçando a característica existencial – e ontológica – do círculo hermenêutico e, consequentemente, a impossibilidade de atribuir a ele um caráter formal. Daí porque o círculo hermenêutico não pode ser confundido como um círculo metodológico, não sendo possível objetivar e demarcar com precisão as preconcepções do intérprete.

Não há intepretação sem círculo hermenêutico, não há círculo hermenêutico sem preconceitos do intérprete e não há preconceitos sem existência fática cotidiana do intérprete em um dado mundo circundante. Como toda e qualquer interpretação é sempre orientada por preconcepções do intérprete, a tarefa fundamental da prática hermenêutica é lidar com as estruturas prévias da interpretação, para que sejam

afastados os preconceitos ilegítimos. De fato, as bases prévias interpretativas geram projeções prévias de sentido, as quais serão insuficientes, inadequadas, inautênticas, incorretas etc., se forem pautadas por preconceitos ilegítimos do intérprete. Como a compreensão é um modo de ser fundamental do ser-aí que projeta sentidos, a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia do intérprete repercutem incessantemente nas aberturas de sentidos sobre algo. Estas demandam reflexões a partir do ente compreendido, que podem resultar em uma contínua projeção de sentidos, conforme vai se dando o vaivém do círculo hermenêutico. Expondo de maneira mais clara: o objetivo essencial da práxis hermenêutica é assegurar que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia do intérprete sejam adequadas ao ente interpretado, produzindo, assim, aberturas de sentido também apropriadas. Como projetar sentido significa uma antecipação de sentido, esta abertura antecipada só pode ser certificada pelo ente mesmo, jamais pela subjetividade do intérprete. Logo, quanto mais voltas ocorrem no círculo hermenêutico acerca do ente interpretado, há mais possibilidades que mais projetos de sentido sejam produzidos e, consequentemente, maior é a possibilidade de correção, adequação, veracidade etc.

Círculo hermenêutico e círculo de compreensão têm sentidos equivalentes, na medida em que a intepretação é imanente à compreensão, não ocorrendo compreensão sem interpretação e interpretação sem compreensão. Destarte, como os preconceitos necessariamente guiam a compreensão, a tarefa da intepretação envolve um desvelamento dos prejulgamentos, distinguindo-os em preconceitos legítimos (autênticos, verdadeiros, corretos, adequados, produtivos etc.) e ilegítimos (inautênticos, falsos, incorretos, inadequados, improdutivos etc.). Nesse sentido, fica claro o caráter positivo do círculo hermenêutico, bem como o cunho operativo dos preconceitos, porquanto, embora o intérprete não consiga dele se libertar, há a possibilidade de descobrir e separar os prejulgamentos corretos dos incorretos. Não é possível a práxis hermenêutica sem os preconceitos do intérprete, já que estes têm um traço indubitavelmente operativo, vale dizer, as preconcepções possibilitam a produção de interpretações. A compreensão, para uma apropriada distinção dos prejulgamentos do intérprete, necessita enfocar os fenômenos eles mesmos, ou, conforme lição da fenomenologia, o intérprete precisa olhar as coisas elas mesmas. Sobre o assunto, citando Heidegger, Gadamer diz:

> Heidegger escreve: “Embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da intepretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma”. O que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui perfaz um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda intepretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”.[117]

No círculo hermenêutico é importante o intérprete questionar os seus preconceitos, o que exige do intérprete não apenas um dirigir-se ao ente interpretado, mas também continuamente se manter nele focado, evitando, assim, desvios que prejudiquem a geração dos prejulgamentos legítimos. Heidegger diz que o relevante não é sair do círculo hermenêutico, mas entrar nele de maneira correta[118]. Ingressar adequadamente no círculo hermenêutico significa começar a intepretação de algo a partir de pressupostos legítimos, os quais só são possíveis se a compreensão se dá sobre o ente mesmo. Esta tarefa fundamental da intepretação é continuamente descumprida sempre que o intérprete desconhece os seus preconceitos ou, tendo algum conhecimento sobre eles, não indaga apropriadamente as suas preconcepções. Todavia, se uma intepretação autêntica decorre de preconceitos legítimos, surge o problema de saber como é possível descobri-los[119]. Esse impasse

---

[117] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 355, tradução de Flávio Paulo Meurer.

[118] Heidegger escreve: “O preenchimento das condições-fundamentais de um possível interpretar reside, ao contrário, em que não se desconheçam suas essenciais condições-de-execução. O decisivo não é sair do círculo, mas nele penetrar de modo correto. Esse círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existenciária *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo.” (*Ser e tempo.* Petrópolis, Editora Unicamp e Editora Vozes, 2014, página 433, tradução de Fausto Castilho)

[119] Acerca dessa questão, o filósofo canadense Jean Grondin afirma: “Assim, tudo aponta para ‘a questão realmente crítica da hermenêutica’, a saber, como se pode, enquanto podemos ter deles consciência, diferenciar os verdadeiros preconceitos dos falsos, ou das pré-concepões que conduzem

decorre do próprio caráter dos preconceitos, uma vez que, além de não se submeterem a uma livre ordenação pelo intérprete, nunca são plenamente descobertos em sua inteireza, isto é, não há consciência hermenêutica que possibilite perceber a totalidade das preconcepções do intérprete. De fato, por mais desenvolvida que seja a consciência hermenêutica de um intérprete, ela nunca chega à plenitude da compreensão dos preconceitos, seja porque é impossível uma delimitação objetiva e completa dos prejulgamentos, seja porque os preconceitos se revelam no momento de compreender algo. Por conseguinte, como os preconceitos se manifestam no próprio interpretar e não de forma antecipada, eles têm um caráter performático, isto é, embora sejam adquiridos na existência fática do intérprete, eles só se revelam em uma relação interpretativa com algo, no performar hermenêutico do intérprete.

Buscando uma resposta ao problema de como descobrir os preconceitos inautênticos, Gadamer pensa a experiência do choque. Esta sinaliza uma vivência negativa, em que o intérprete tem a experiência do erro. O fenômeno do choque é um caminho para que seja possível descerrar os preconceitos autênticos, na medida em que essa experiência negativa tem como consequência a falta de sentido ou a divergência de sentido. É que há um conflito entre o sentido projetado pelo intérprete e o sentido do ente interpretado, isto é, ou o ente não faz sentido algum ao intérprete ou manifesta um sentido divergente[120]. Por conseguinte, com a experiência do choque, o intérprete deve focar o ente ele mesmo, de modo que a falha na intepretação em virtude dessa experiência negativa possibilita ao intérprete questionar seus preconceitos. A experiência do choque indica ao intérprete que o ente

---

a mal-entendidos? Existe algum critério para isso? Se existisse algo como um critério, então todos os questionamentos da hermenêutica estariam resolvidos e não precisaríamos mais discutir em torno do problema da verdade. Essa ambição por um critério que, de uma vez por todas, assegure a objetividade, é também uma depoente metafísica do historicismo. Mas, se não houver critérios realmente seguros, há, no entanto, indícios. Com essa intenção, 'Verdade e Método' destaca a produtividade dos intervalos de tempo. No olhar histórico retrospectivo, estamos frequentemente em condições de reconhecer os princípios de interpretação que realmente se comprovaram." (*Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003, página 188, tradução de Benno Dischinger)

[120] Gadamer escreve: "Em geral é preciso dizer que o que nos faz parar e perceber uma possível diferença do uso da linguagem é só a experiência do choque que um texto nos causa – seja porque ele não faz nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas. (...) O que afirmamos a respeito da opinião prévia nos hábitos da linguagem vale também para as opiniões prévias de conteúdo que constituem nossa pré-compreensão, com as quais lemos os textos. Também aqui se coloca o problema de como escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 357, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

interpretado é o sustentáculo da intepretação. Logo, o intérprete necessariamente deve se abrir de forma ajustada ao ente interpretado, o que sinaliza, de um lado, lidar com o ente por meio de preconceitos legítimos e, de outro lado, ter consciência da alteridade do ente interpretado. A consciência dos prejulgamentos que orientam a interpretação e da diferença do ente a ser compreendido em relação ao ente que o compreende (ser-aí), possibilita a formação de uma consciência hermenêutica, a qual pressupõe também linguagem. A experiência do choque é um problema de diálogo hermenêutico com o ente, de modo que há um impasse no âmbito linguístico, na medida em que o ente interpretado não faz sentido ou gera um sentido equivocado ao intérprete. A experiência do choque se dá continuamente em um círculo hermenêutico, que se expande sempre que o intérprete questiona as suas preconcepções. A suspensão dos preconceitos inautênticos, a partir da experiência do choque, vai aproximando o intérprete de uma interpretação verdadeira. Na visão gadameriana o passado não impede a prática hermenêutica, mas a possibilita, vale dizer, os preconceitos do intérprete são condições de possibilidade da interpretação. A questão, porém, é que a práxis hermenêutica será adequada ou não a depender da adequação ou não dos preconceitos em relação ao ente interpretado. Como os preconceitos apontam para o tempo passado, eles têm relação com a tradição do intérprete, bem como com a ideia de autoridade, temas estes examinados a seguir.

2.2.2. A autoridade e a tradição

Uma parte importante de *Verdade e método* consiste em criticar o ideal iluminista, em que o pensamento racional metodizado era o único meio para a obtenção da verdade. Consequentemente, os preconceitos, além de desnecessários na perspectiva iluminista, eram inadequados para o desenvolvimento do conhecimento racional humano, uma vez que não podiam ser objetivados, delimitados com precisão e identificados em sua totalidade. Como na visão iluminista os prejulgamentos eram incompatíveis com o pensamento racional, o resultado foi uma forma de preconceito contra os preconceitos. Foi em virtude do pensamento iluminista que o termo preconceito adquiriu uma conotação pejorativa, como é comumente empregado atualmente. Anteriormente, a palavra preconceito não tinha esse cunho

negativo, porque representava a ideia de “pré-conceitos”, isto é, de prejulgamentos, preconcepções, pressuposições etc., que orientam a compreensão do intérprete, constituindo, assim, a sua pré-compreensão. O iluminismo, de um lado, rejeitou a tradição como uma forma de autoridade, pois em seu pensamento ela não era congruente com a racionalidade humana e, de outro lado, enalteceu o método, na medida em que este é uma manifestação da capacidade racional. Logo, o método seria adequado para a obtenção da verdade, de modo que não existiria ciência sem procedimentos metodológicos. Dessa maneira, o pensamento iluminista não apenas representou uma aversão contra a tradição, que consiste em uma espécie de preconceito contra o preconceito, mas também uma rejeição contra o conceito de autoridade. A noção de autoridade apontava para uma forma de sujeição desprovida de raciocínio, carente de decisão racional. Consequentemente, a concepção de autoridade era discrepante das ideias de razão e de liberdade, porque era entendida como um tipo de submissão sem escolha racional, vale dizer, era uma espécie de subordinação forçada ou inconsciente à autoridade. Gadamer, demonstrando o equívoco do pensamento iluminista, consegue reabilitar a tradição[121], bem como descoimar a noção de autoridade. O primeiro ponto é o esclarecimento de Gadamer sobre a base racional da autoridade, na medida em que esta tem como alicerce a aceitação e não uma mera imposição. É que o fundamento da autoridade consiste no reconhecimento e no conhecimento e não na força, na imposição ou na fé. E como

[121] Citando Gadamer, o jurista alemão Karl Larenz escreve acerca da tradição e da pré-compreensão no mundo jurídico: “O alto significado que GADAMER atribui à cadeia de tradição e à história da realização, nela incluída, de um processo histórico, de um contributo histórico para o processo do compreender, explica-se pelo facto de que para ele se trata, antes do mais, da compreensão de textos transmitidos, de testemunhos linguísticos, ou quaisquer outros do passado. Passando à Jurisprudência, a ‘cadeia de tradição’ é mormente aquela em que se encontram as normas actualmente vigentes e as formas do pensamento jurídico comumente reconhecidas, mediante o trabalho precedente de muitas gerações de juristas, graças ao qual alcançaram a sua configuração actual ou de que a actual Jurisprudência se desembaraçou. De facto, esta cadeia de tradição, na qual se incluem não apenas as leis, mas também e sobretudo as decisões judiciais e os conhecimentos (ou erros) dogmáticos, constitui o pano de fundo de toda a interpretação jurídica – quer proceda historicamente, quer sistemática ou teleologicamente. Ela é sobretudo imprescindível no que respeita à compreensão das decisões dos tribunais. A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à ‘coisa Direito’, à linguagem, em que dela se fala, e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões judiciais e os argumentos habituais, mas também a contextos sociais, às situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas.” (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, páginas 289 e 290, tradução de José Lamego)

todo reconhecimento decorre de uma escolha racional, a submissão à uma autoridade indica tanto uma liberdade do intérprete quanto um ato baseado na razão[122].

O pensamento de Gadamer sobre a tradição tem o mesmo raciocínio que o apresentado a respeito da concepção de autoridade. Logo, constituindo os preconceitos do intérprete e sendo uma forma de autoridade, a tradição também não apresenta incompatibilidade com as noções de razão e de liberdade, em virtude de seu conceito sinalizar para uma manutenção só possível por uma decisão livre e racional. Assim, como a tradição remete à visão de mundo e ao conjunto de crenças do intérprete, este tem liberdade e capacidade racional para conservar ou rejeitar a sua visão de mundo e o seu conjunto de crenças. Se a conservação é a essência da tradição, o ato de conservar é um ato racional, mas este ato é uma forma de racionalidade recatada, tendo em vista que se manifesta discretamente. Todavia, o fato de a conservação não chamar a atenção não implica uma irracionalidade e uma falta de liberdade, na medida em que a manutenção da tradição pressupõe comportamento racional daqueles que a conservam e, também, liberdade de escolha[123]. Assim, a autoridade e a tradição requisitam atos livres e racionais, visto

---

[122] Gadamer afirma: “Todavia, a essência da autoridade não é isso. Na verdade, a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição a pessoas. Mas a autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e visão e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada: antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada. A compreensão correta desse sentido de autoridade não tem nada a ver com a obediência cega a um comando. Na realidade, autoridade não tem a ver com obediência, mas com *conhecimento*.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 371, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

[123] Gadamer declara: “Parece-me, no entanto, que entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. Por mais problemática que seja a restauração consciente de tradições ou a criação consciente de tradições novas, também a fé romântica nas ‘tradições que vingaram’, ante as quais deveria silenciar toda a razão, acaba sendo preconceituosa e, no fundo, fiel à *Aufklärung*. Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validez. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação. Tanto a crítica da *Aufklärung* à tradição, quanto a sua reabilitação romântica,

que a sua transmissão e a sua conservação na história ocorrem por causa de reconhecimentos dos intérpretes ao lidar com seus problemas hermenêuticos. Para tornar mais clara a questão, é oportuno apresentar alguns exemplos: se alguém tem interesse pelo tema da epistemologia, não há dúvidas da autoridade de um filósofo como Kant; se alguém investiga a ontologia, resta evidente a autoridade de Heidegger; se alguém foca na filosofia da linguagem, Wittgenstein revela-se como uma grande autoridade; se o tema envolve teologia, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino surgem como notórias autoridades; se há alguma questão da filosofia do direito, Ronald Dworkin tem bastante autoridade; se o assunto é sobre justiça, John Rawls tem sua autoridade. Dessa forma, as lições desses pensadores são conservadas e transmitidas em razão de comportamentos livres e racionais daqueles que as conservam e as transmitem, isto é, um intérprete atual de uma determinada questão adota e dissemina alguma tradição, porque reconhece nela, por meio de um raciocínio livre, importância para a compreensão do problema. Cabe destacar, a propósito, que esta tese busca conservar, por meio de livre deliberação racional, uma parte da tradição filosófica vinculada a Heidegger e a Gadamer, relativamente a aspectos específicos dos pensamentos desses filósofos. E isso porque os citados filósofos se revelam indubitavelmente como autoridades, no sentido gadameriano acima exposto, não só para este autor, mas para grande parte do mundo da filosofia em geral.

2.2.3. A distância temporal e a história efeitual

O intérprete é inevitavelmente orientado por preconceitos sedimentados em sua existência fática cotidiana, de maneira que a tradição que o guia tem a sua própria historicidade. As autoridades e as tradições são distintas ao longo da história, não apenas no que diz respeito ao aspecto temporal, pois se referem a épocas diferentes, mas também no que atine ao próprio conteúdo do que é transmitido. As interpretações contemporâneas têm a possibilidade de serem superiores às interpretações vetustas

---

ficam muito aquém de seu verdadeiro ser histórico." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 373 e 374, tradução de Flávio Paulo Meurer)

e até às dos próprios autores do ente interpretado, em virtude da distância temporal. Esta representa o intervalo de tempo que há entre o intérprete e o ente interpretado. O distanciamento histórico não somente permite interpretações diferentes, mas também possibilita interpretações com pretensões de veracidade. A ideia de uma interpretação correta tem relação com a regra hermenêutica da circularidade que se dá entre as partes e o todo e o todo e as partes, ou seja, as interpretações autênticas pressupõem que o todo seja harmônico com as partes e estas congruentes com o todo. Se a intepretação não resulta em uma conformidade entre as partes e o todo, ela é equivocada. Os intérpretes atuais têm melhores condições do que os antigos para a prática hermenêutica em razão da distância temporal, a qual produz uma diferença entre o intérprete e o ente interpretado que não pode ser superada, resultando, assim, em situações hermenêuticas discrepantes. A distância temporal cria para o intérprete um horizonte histórico sempre distinto, possibilitando interpretações diferenciadas. Por conseguinte, Gadamer entende que a compreensão tem também um caráter produtivo e não apenas reprodutivo[124], vale dizer, há uma produtividade do acontecer histórico. A analítica do ser-aí feita por Heidegger indicou o aspecto produtivo da distância temporal. Novamente mencionando Heidegger, Gadamer escreve:

> ... na minha opinião, o trabalho de Heidegger representou o impulso mais decisivo. Isso porque a distância temporal em sua produtividade hermenêutica só pôde ser pensada a partir da mudança de rumo ontológico que Heidegger deu à compreensão como um “existencial” e a partir da interpretação temporal que aplicou ao modo de ser da pre-sença. O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado. (...) Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.

[124] Gadamer diz: “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo. Talvez não seja correto chamar de ‘compreender melhor’ a esse momento produtivo inerente à compreensão. Pois já vimos que essa fórmula é a transposição de um postulado básico da crítica de conteúdo da época da *Aufklärung* sobre a base estética do gênio. Na verdade, compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo diferente.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 392, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

> Não será exagerado falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer.[125]

Segundo Gadamer, quanto mais o intérprete está afastado temporalmente do ente interpretado, maior é a base compreensiva, possibilitando, assim, uma interpretação mais frutífera. Por isso, a distância histórica não gera apenas um traço negativo, produzindo também um aspecto positivo: ingressar de forma mais apropriada no círculo hermenêutico por meio de preconceitos adequados. Se o cunho negativo consiste na segregação produzida pela história, já que a distância temporal implica uma separação do que é transmitido, o cunho positivo assenta-se na possibilidade de discernir os preconceitos autênticos dos preconceitos inautênticos. Dessa maneira, a distância temporal possibilita a constituição de uma consciência histórica, por meio da qual o intérprete tem a possibilidade de discriminar os preconceitos ilegítimos, que geram os mal-entendidos, dos preconceitos legítimos, que afastam os mal-entendidos[126]. Ademais, é importante frisar que a historicidade da consciência significa uma inexpugnável limitação da consciência hermenêutica, na medida em que esta é sempre a consciência de um ser humano finito.

A autoridade da tradição adquire proeminência por meio da consciência histórica do intérprete, na medida em que ele distingue os seus preconceitos legítimos dos ilegítimos. O desvelamento dos preconceitos do intérprete ocorre por meio de um choque com a tradição. Com a formação de uma consciência histórica torna-se possível para o intérprete suspender os seus preconceitos inautênticos, por meio de reflexões e diálogos gerados pela experiência negativa do choque hermenêutico. Como a paralisação das preconcepções pressupõe questionamento pelo intérprete,

---

[125] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 393, tradução de Flávio Paulo Meurer.

[126] Gadamer profere: “Ao lado do aspecto negativo da filtragem operada pela distância temporal, aparece, simultaneamente, seu aspecto positivo para a compreensão. Essa distância, além de eliminar os preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta. Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os *mal-entendidos*. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 395, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

Gadamer afirma que o fenômeno da pergunta, que será analisado em tópico próprio mais à frente, é indispensável para que aconteça a suspensão dos preconceitos[127].

A consciência histórica não se relaciona apenas com o fenômeno da distância temporal do intérprete, pois o intervalo de tempo entre o intérprete e o ente interpretado gera certas consequências. É que a interpretação sinaliza uma relação constituída por duas realidades: a realidade da história e a realidade do compreender histórico. Destarte, o fenômeno da história produz efeitos no ente interpretado que repercutem na compreensão histórica do intérprete. A partir desses fenômenos Gadamer desenvolve a ideia da história efeitual. É que a tradição incessantemente está repercutindo na existência fática do intérprete em sua lida com os entes. A reverberação da tradição é uma forma de interpelação do intérprete, gerando uma forma de conversação hermenêutica entre ele e o ente interpretado, em que há perguntas e respostas. Daí porque há uma conexão fundamental entre o perguntar, o diálogo e a história efeitual. De fato, a exigência crucial para que ocorra a compreensão é a interpelação do intérprete pelo ente interpretado. E entre estes há uma distância temporal que gera o fenômeno da história efeitual, possibilitando a compreensão, que requer a apreensão da historicidade do ente interpretado pelo intérprete também histórico. Se a consciência hermenêutica demanda uma consciência histórica, esta última, por seu turno, exige tanto uma consciência da distância temporal do intérprete quanto uma consciência da história efeitual.

Os fenômenos da distância temporal e da história efeitual consolidam a situação hermenêutica do intérprete. O intérprete jamais chega a uma plena e total consciência da história efeitual, porque ele nunca está fora da história, mas sempre absorvido no seu acontecer. A história efeitual não é um fenômeno objetivo, determinado, no qual o intérprete tem acesso claro e direto, visto que a própria compreensão é sempre histórica e conjuntural, na medida em que o intérprete é um ser temporal. Como a história efeitual indica uma determinada conjuntura do intérprete, a sua consciência é a consciência da situação hermenêutica. A ideia de situação indica uma impossibilidade de tratá-la como um tipo de objeto estranho ao

[127] Gadamer diz: “Já vimos que a compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que isso exige: suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e a *fortiori* de todo preconceito, tem a estrutura da *pergunta*.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 395 e 396, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

intérprete, de modo que não é possível uma análise objetiva, inequívoca e distanciada dela. Por conseguinte, tanto a história efeitual quanto a situação hermenêutica jamais podem ser inteiramente identificadas, apreendidas e entendidas pelo intérprete. É especialmente a analítica temporal do ser-aí de Heidegger que orienta a noção de Gadamer a respeito do tema em discussão, de forma que, ao lado da história efeitual do ente compreendido, há também a história do ser que o compreende, isto é, trata-se de uma relação entre dois fenômenos temporais, com duas historicidades distintas, porquanto, de um lado, há o ente que tem uma distância temporal do intérprete, se submetendo à história efeitual e, de outro lado, há o ser-aí temporal que interpreta o ente a partir de sua própria história[128].

O fato de todo intérprete ser um ente temporal apresenta algumas consequências para a experiência hermenêutica. Uma delas é que a compreensão de algo remete a um movimento sem fim, visto que incessantemente há possibilidades de compreensões diferentes a partir de outros intérpretes e de novos contextos históricos. Por outro lado, a temporalidade finita do intérprete significa que a sua particular compreensão tem limites. A noção de situação hermenêutica aponta justamente para um contexto de restrição da intepretação, constituindo uma circunstância delimitadora das possibilidades compreensivas. É que a situação hermenêutica deriva da facticidade do intérprete e a facticidade delimita as possibilidades existenciais e, consequentemente, ela demarca as possibilidades compreensivas do intérprete. E como a facticidade diz respeito a um fenômeno passado que não passa propriamente, já que está sempre atuando no presente, ela acaba repercutindo nos horizontes históricos do intérprete. Gadamer associa a ideia de situação à ideia de horizonte, visto que este também expressa uma noção de

[128] Gadamer escreve: “A consciência da história efeitual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica. No entanto, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso se reveste de uma dificuldade própria. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação cuja elucidação é tarefa nossa. Essa elucidação jamais poderá ser cumprida por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos frente à tradição que queremos compreender. Também a elucidação dessa situação, isto é, a reflexão da história efeitual, não pode ser realizada plenamente. Essa impossibilidade, porém, não é defeito da reflexão, mas faz parte da própria essência do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*. Todo saber-se procede de um dado histórico prévio.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 399, tradução de Flávio Paulo Meurer)

baliza, fronteira, limite etc., isto é, horizonte sinaliza o espaço que a visão alcança[129]. No entanto, apesar de ser limitado o âmbito de visão do horizonte, ele permite uma perspectiva mais abrangente do intérprete, não restringindo-o ao que está perto. Assim, os horizontes possibilitam uma visão para além do próximo. Porém, em razão de os horizontes serem abertos e móveis, o que está próximo e o que está longe igualmente se movem. A concepção de horizontes históricos remete ao fenômeno hermenêutico da fusão desses horizontes pelo intérprete.

2.2.4. A fusão de horizontes

A consciência hermenêutica, embora represente uma unidade, se constitui a partir de uma pluralidade de consciências históricas do intérprete. Nesse sentido, a consciência hermenêutica requer uma consciência da distância temporal e uma consciência da história efeitual, as quais remetem a uma consciência da situação hermenêutica do intérprete. Por seu turno, a ideia de consciência da situação hermenêutica tem relação com a consciência de horizontes históricos. Estes representam espaços da compreensão que estão em constante movimento, não se constituindo, jamais, em âmbitos interpretativos cerrados, estáticos e inflexíveis. Esta característica de movimentação dos horizontes históricos deriva do caráter temporal do ser-aí, o qual tem a estrutura ontológica fundamental de ser-no-mundo, de maneira que todo intérprete é sempre ser-com (outros seres-aí), ser-junto (aos entes intramundanos) e ser-si-mesmo, conforme já analisado no primeiro capítulo. Logo, sendo o intérprete um ente que tem uma existência – temporal e espacial – aberta no mundo, os seus horizontes interpretativos também são abertos e modulados de acordo com as suas específicas relações com os outros entes, de maneira que o mover-se – temporal e espacial – da existência fática repercute no movimentar-se dos horizontes hermenêuticos. Dizendo de outro modo: o deslocar dos horizontes decorre

[129] Gadamer diz: “Ao conceito de situação pertence essencialmente, então, o conceito do *horizonte*. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 399, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

do movimentar da existência fática do intérprete. A consciência histórica do intérprete, no mover dos horizontes hermenêuticos vinculados à sua existência fática, conquista a consciência de si mesmo[130].

A interpretação, que é um comportamento no tempo presente, se relaciona com o ente interpretado, que é algo de um mundo circundante já dado de antemão. Assim, o ente compreendido aponta para uma temporalidade do passado, já que é sempre antecedente à prática hermenêutica, vale dizer, a compreensão ocorre sobre algo em um mundo antecipadamente fornecido ao intérprete. Realmente, qualquer interpretação é acerca de um algum fenômeno do mundo circundante do intérprete que o interpela em sua existência fática cotidiana. E como esta interpelação ocorre na atualidade do intérprete, é possível pensar em horizontes do passado e do presente e, consequentemente, na ideia de uma fusão de horizontes históricos. Uma consciência só é hermenêutica se for histórica, mas uma consciência só é histórica se também articular e concatenar o horizonte contemporâneo. A compreensão é, segundo Gadamer, um processo da fusão de horizontes, que remete a duas realidades, em princípio, distintas: uma realidade do passado e uma realidade do presente. No entanto, rigorosamente, não se trata de dois horizontes absolutamente diferentes, porque não é possível uma separação categórica de um em relação ao outro, isto é, não há horizonte do passado sem horizonte do presente e vice-versa. Não há e não é possível uma demarcação clara e incontestável entre os horizontes históricos, porque eles estão em constante movimento e em uma relação de interdependência[131].

---

[130] Gadamer escreve: “Assim como cada um jamais é um indivíduo solitário, pois está sempre se compreendendo com os outros também o horizonte fechado que cercaria uma cultura é uma abstração. A mobilidade histórica da existência humana se constitui precisamente no fato de não possuir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, e nesse sentido jamais possuir um horizonte verdadeiramente fechado. O horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move. Também o horizonte do passado, do qual vive toda vida humana e que se apresenta sob a forma de tradição, que já está sempre em movimento. Não foi a consciência histórica que colocou inicialmente em movimento o horizonte que tudo engloba. Nela esse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 402, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

[131] Gadamer sustenta: “No entanto, importa manter-nos afastados do erro de pensar que o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valores, e que a alteridade do passado se destaca desse presente como de um fundamento sólido. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é encontro com o passado

Não obstante seja um fenômeno distinto, a facticidade do ser-aí tem conexão com a ideia gadameriana de fusão de horizontes, no sentido de que o tempo passado está continuamente formando o tempo presente, de modo que nessa relação incessante não existe uma fronteira clara que possibilite uma delimitação indubitável entre os dois. E é nesse contexto que a facticidade é entendida, do ponto de vista temporal, como uma espécie de "passado vivo". Como a fusão de horizontes aponta para uma só historicidade, porque é no curso da história do intérprete que ela incessantemente acontece, torna-se inviável destacar de forma precisa um em relação ao outro. Destaque (*Abhebung*) é o termo chave para entender o problema em questão. Gadamer explicita o vocábulo destaque[132], relacionando-o com o fenômeno da fusão de horizontes, mas para ressaltar que os horizontes não se destacam rigorosamente, ou seja, Gadamer elucida o conteúdo da palavra destaque para demonstrar que não há um destacamento preciso dos horizontes na fusão de horizontes. Com isso, o próprio Gadamer coloca em questão se é possível falar de uma fusão de horizontes ao invés de um único horizonte. A resposta por ele dada é de que a fusão de horizontes é uma fase ou um instante na realização da compreensão. O ponto é que a tradição não tem interrupção, em que há um marco temporal claro que a delimita face ao presente, de forma que a atualidade do intérprete é apenas um momento da história, que será necessariamente passado, produzindo, assim, incessantemente o fenômeno da tradição. Explicitando essa ideia gadameriana a partir da analítica heideggeriana do ser-aí, significa que a decadência deste ente está constantemente se transformando em facticidade, mas sem que ocorra uma

---

e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumidamente dados por si mesmo*s. Conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e da ingenuidade de sua relação com sua época e com suas origens. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e novo sempre crescem juntos para uma validez vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 404 e 405, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[132] Gadamer diz: "Vimos anteriormente que isso se realiza como um processo que vai criando destaque (*Abhebung*). Consideremos por um momento qual é o conteúdo desse conceito de 'destacar'. Destacar é sempre uma relação recíproca. O que deve ser destacado deve destacar-se de algo que, por sua vez, deverá destacar-se ele próprio daquele primeiro. Toda vez que se destaca alguma coisa se está tornando simultaneamente visível aquilo de que se destaca." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 404, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

delimitação precisa entre esses dois fenômenos, porque a facticidade realmente não passa, repercutindo incessantemente no tempo presente do ser-aí e, portanto, em sua decadência. A concepção gadameriana de fusão de horizontes aponta, em um certo sentido, para um paradoxo, na medida em que sinaliza a existência de dois horizontes quando na verdade há um só, de modo que é possível pensar em uma unidade histórica ao invés de uma fusão de diferentes horizontes históricos. Porém, tal paradoxo é superado a partir da perspectiva temporal do fenômeno compreensivo, uma vez que o horizonte histórico constitui um instante da prática hermenêutica, isto é, em virtude do presente se tornar passado, o horizonte histórico significa um instante da atividade interpretativa[133]. A ideia de fusão de horizontes como um momento da compreensão se conecta com outro fenômeno fundamental da hermenêutica gadameriana: a aplicação. É que, como fase – instante, acontecimento etc. – do processo compreensivo, a fusão de horizontes históricos requer sempre alguma aplicação de sentido pelo intérprete, como se demonstra a seguir.

2.3. A intepretação e a aplicação

Por não haver uma distinção patente entre o tempo pretérito e o tempo atual, a fusão de horizontes indica um acontecimento da compreensão. Este instante da efetivação da compreensão remete ao fenômeno da aplicação. Se para Heidegger a compreensão e a intepretação são inseparáveis, a aplicação, para Gadamer, também é indissociável destes fenômenos, ou seja, o ato de compreender envolve no

[133] Gadamer escreve: “Todo encontro com a tradição realizado graças à consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não dissimular essa tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante. É por isso que logo em seguida ela recolhe o que acaba de destacar a fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico assim conquistado. O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão dá-se uma verdadeira fusão de horizontes que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 405, tradução de Flávio Paulo Meurer)

pensamento gadameriano a interpretação e a aplicação. Dessa forma, a aplicação, por ser inerente à interpretação, não pode ser considerada um fenômeno inferior da práxis hermenêutica, especialmente porque ela possibilita a fusão de horizontes e, consequentemente, a compreensão do intérprete. Portanto, há uma forma de unidade entre os fenômenos da compreensão, da interpretação e da aplicação na prática hermenêutica. Se o ente interpretado se sujeita à história efeitual e o intérprete possui seu próprio horizonte histórico, a intepretação tem sempre a possibilidade de ser diferente ao longo do tempo. Daí porque o cerne do problema hermenêutico para Gadamer consiste no fato de que a tradição é interpretada de diversas maneiras no decorrer da história. E como em cada interpretação diferente há uma inevitável aplicação de algum sentido pelo intérprete, Gadamer entende que os fenômenos da compreensão, interpretação e aplicação constituem uma unidade processual[134].

A ideia de aplicação consiste em empregar no presente preconcepções do passado, traduzindo a linguagem deste para aquele, vale dizer, como é impossível para o intérprete voltar ao passado para aplicá-lo em sua forma originária, ele resolve uma determinada questão contemporânea por meio de aplicação no presente de elementos do passado. É que o intérprete tem interesses práticos no presente, de modo que a sua existência fática atual, com a sua respectiva situação hermenêutica, orienta a interpretação do passado. Portanto, como a tradição é compreendida a partir de contextos hodiernos, o intérprete se apropria do passado para, então, aplicá-lo a seus interesses atuais. Nesse contexto, o intérprete consegue superar a força da tradição, que guia necessariamente qualquer compreensão. Gadamer demonstra, por meio do fenômeno da aplicação, que o intérprete não fica absolutamente refém do passado, sendo um mero reprodutor de conteúdos históricos, pois tem que lidar com questões atuais, que se manifestam em conjunturas contemporâneas. Consequentemente, o intérprete se apropria da tradição para transformá-la em virtude

[134] Gadamer afirma: “Ora, nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigado a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação. Isso não significa um retorno à distinção tradicional das três *subtilitatae* de que falava o pietismo. Ao contrário, pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 406 e 407, tradução de Flávio Paulo Meurer)

de circunstâncias hodiernas. E como toda interpretação implica aplicação de sentido, a compreensão do intérprete não só reproduz, mas também produz sentido.

Compreender, portanto, demanda sempre uma aplicação de sentido pelo intérprete à sua situação atual. Contudo, a aplicação de sentido não precisa ser consciente, pois o que importa é o envolvimento do intérprete no acontecer da tradição. Por conseguinte, como a aplicação requer participação no dar-se da tradição e não há exigência de consciência do intérprete a respeito do sentido, Gadamer entende que a subjetividade não é a proprietária dos sentidos no caso concreto. O que está em jogo, portanto, é a espontaneidade na aplicação de sentido, visto que não há necessidade de uma reflexão e, via de consequência, uma consciência sobre os sentidos que são aplicados, isto é, não é a subjetividade do intérprete que determina a aplicação de sentido, mas, sim, a sua relação com o fenômeno a ser interpretado. Esta situação aponta para uma ideia de ser conduzido e envolvido naturalmente pelo acontecer do fenômeno, visto que a compreensão é invariavelmente contextualizada, é sempre em uma dada tradição, nunca partindo, assim, de um nada, na medida em que constantemente acontece em uma dada situação hermenêutica, a qual decorre da facticidade do intérprete. Daí porque Gadamer explicitamente afirma que a sua hermenêutica filosófica tem conexão com a hermenêutica da facticidade de Heidegger:

> Nossas considerações sobre o significado da tradição na consciência histórica engatam na análise heideggeriana da hermenêutica da facticidade, procurando torná-la fecunda para uma hermenêutica das ciências do espírito. Mostramos que a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproximaria do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que um processo que tem como pressuposto estar dentro de um acontecer da tradição. *A própria compreensão se mostrou como um acontecer*, e do ponto de vista filosófico a tarefa da hermenêutica consiste em perguntar pelo tipo de compreensão e de ciência é esta que é movida em si mesma pela própria mudança histórica[135].

Quando Gadamer diz acima que a compreensão não é um método, mas um acontecer, é porque ele adota o pensamento de Heidegger de que a compreensão é um modo de ser fundamental do ser-aí. Destarte, como o ser-aí é um ser temporal jogado no mundo, com facticidade e decadência particulares, a compreensão envolve

---

[135] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 408, tradução de Flávio Paulo Meurer.

sempre uma aplicação decorrente da fusão de horizontes. A aplicação de sentido supera a distância temporal que separa o intérprete do ente interpretado. Com o fenômeno da aplicação fica manifesto que o processo hermenêutico remete a uma forma de relação entre o geral e o particular. O geral refere-se sobretudo à tradição e o particular refere-se à específica questão tratada pelo intérprete. É problemático esse aspecto da práxis hermenêutica revelada pela aplicação, pois aponta para o fato de que para aplicar algo é necessário antes já ter esse algo. Uma propícia consciência hermenêutica não se ensina, mas também quem a tem não a esquece, porque uma consciência hermenêutica desenvolvida não é fruto de uma técnica ou método de interpretação, mas de reiteradas práticas interpretativas na existência fática cotidiana do intérprete. E a práxis hermenêutica, não obstante seja universal, como uma maneira de ser de qualquer intérprete, ocorre sempre em situações particulares, sendo a experiência hermenêutica sobre um determinado ente, em um dado momento histórico, em um certo espaço existencial etc. Por conseguinte, a experiência hermenêutica só se efetiva em contextos especiais do intérprete, não podendo assim ser padronizada de uma forma geral como um método. Com isso, não sendo a práxis hermenêutica metodizada, não existe uma consciência hermenêutica prévia, porque ela só pode ser constituída a partir do momento em que algo interpela o intérprete. É o fenômeno da aplicação que efetiva a interpretação, de maneira que a compreensão remete ao acontecimento da fusão dos horizontes.

A consciência hermenêutica só é formada pela experiência hermenêutica e esta, por sua vez, implica situações particulares do intérprete, de modo que o fenômeno da aplicação decorre de um relacionamento entre a universalidade do modo de ser compreensivo de todo intérprete, alicerçado sempre em uma tradição que é geral, com a singularidade da prática hermenêutica, que é sempre concretizada em circunstâncias particulares. A compreensão remete, portanto, para um acontecer em virtude do fenômeno da aplicação, em que há uma fusão de horizontes históricos. É oportuno esclarecer que o tema da aplicação é desenvolvido por Gadamer baseado, em grande parte, nas lições de Aristóteles sobre ética. A aproximação entre ética e hermenêutica realizada por Gadamer ocorre, sobretudo, porque ambas têm uma especial vinculação com o fenômeno da aplicação, na medida em que tanto uma consciência ética quanto uma consciência hermenêutica são formadas para e em razão de situações específicas da existência fática cotidiana. Nesse contexto fica evidente o caráter complexo do fenômeno da aplicação, visto que apenas se aplica

algo que já se tem, mas tanto um problema ético quanto um problema hermenêutico somente surgem em um dado momento histórico da existência fática de alguém e sempre em contextos singulares. Daí porque a consciência ética e a consciência hermenêutica demandam uma espécie de saber-se, de saber para si, vale dizer, de uma autoconsciência ética e uma autoconsciência hermenêutica. As ideias aristotélicas, na visão de Gadamer, carregam um pensamento atual no que diz respeito à prática hermenêutica, constituindo, inclusive, um tipo de paradigma para o trato da questão hermenêutica[136]. Se o pensamento de Aristóteles sobre a ética se apresenta como um tipo de modelo para lidar com os problemas hermenêuticos, a aplicação no campo do direito também se revela como uma forma de caso paradigmático para a hermenêutica gadameriana.

2.3.1. A intepretação e a aplicação no direito

Em *Verdade e método* há um tópico específico sobre a intepretação jurídica, cujo nome é "*O significado paradigmático da hermenêutica jurídica*", por um motivo especial já destacado acima: a hermenêutica jurídica é, consoante Gadamer, o modelo ideal para demonstrar o fenômeno da aplicação da intepretação, em que há uma fusão do horizonte do passado com o horizonte do presente[137]. E para demonstrar que as realidades do passado e do presente se implicam, Gadamer faz

---

[136] Gadamer escreve: "Se, para concluir, referimos à nossa problemática a descrição aristotélica do fenômeno ético, e em particular, da virtude do saber moral, então a análise aristotélica servirá como uma espécie de *modelo dos problemas inerentes à tarefa hermenêutica*. Também nós tínhamos nos convencido de que a aplicação não é uma parte última, suplementar e ocasional do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo. Também aqui a aplicação consistia em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 426, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[137] Gadamer diz: "A hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando." (...) Mais adiante, Gadamer afirma: "*O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso excepcional, mas está em condições de devolver à hermenêutica histórica todo o alcance de seus problemas, restabelecendo assim a velha unidade do problema hermenêutico, no qual o jurista e o teólogo se encontram com o filólogo*." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 430 e 431, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

um exame de dois tipos distintos de atividades do mundo jurídico: a atividade do historiador do direito e a atividade do juiz. Estas atividades são analisadas considerando uma situação hipotética em que tanto o historiador quanto o juiz têm que lidar com um mesmo texto normativo em sua práxis hermenêutica. Estas atividades são comumente vistas como incompatíveis na tradição, na medida em que concernem a interesses diferentes: interesse histórico do historiador e interesse dogmático do juiz. Gadamer procura questionar essa diferenciação de interesses, demonstrando que não se trata de uma distinção inequívoca. Em relação ao historiador do direito, é evidente que a sua tarefa é estudar o passado e conhecer a tradição jurídica, para assim poder compreender o significado histórico dos textos jurídicos. Todavia, a pesquisa do passado exige uma análise dos efeitos dos textos normativos no presente, na medida em que são as repercussões dos enunciados normativos ao longo da história até a atualidade que importam, isto é, a compreensão do historiador a respeito de uma tradição jurídica tem inevitavelmente como referência a sua situação presente, uma vez que há um interesse prático e atual na atividade do historiador, resultando, assim, em uma necessária interação entre os horizontes do passado e do presente. Por sua vez, no que se refere à atividade do juiz, é patente a sua função de examinar o contexto presente, porque a decisão judicial a ser proferida é necessariamente sobre um caso concreto hodierno. Ocorre que o juiz, embora busque interpretar o sentido atual dos enunciados normativos e não o seu significado passado, aplica um determinado sentido a partir de sua historicidade, de maneira que a sua decisão será conforme a sua consciência histórica jurídica, sendo os seus preconceitos jurídicos condições de possibilidade para julgar os processos judiciais.

A ideia é de que o juiz, não sendo historiador do direito, só decide um caso atual a partir de um horizonte do passado, ao passo que o historiador do direito só estuda o passado a partir de um horizonte do presente, ou seja, tanto o juiz quanto o historiador do direito realizam infalivelmente a fusão de horizontes ao aplicar sentidos jurídicos no desempenho de suas atividades, de maneira que ambas as atividades exigem compreensão dos efeitos incessantes do passado no presente[138]. A

[138] Gadamer declara: “Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à ‘ideia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente. Claro que ali se trata de uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer

concepção de facticidade de Heidegger se revela com toda força no assunto em questão, tendo em vista que o juiz julga um caso concreto sempre a partir de sua específica existência fática. Realmente, a facticidade do juiz necessariamente orienta a sua lida hermenêutica com o caso, de modo que os significados sedimentados na sua existência fática são aqueles que fundamentarão a sua decisão judicial. A linguagem possibilita a geração de significados na cotidianidade, de forma que o intérprete, em uma prática hermenêutica qualquer, já sempre está acompanhado de alguma totalidade prévia linguística, a qual torna possível as estruturas prévias da interpretação. Daí porque Gadamer entende que a tradição que atinge o intérprete dirige sua linguagem ao presente. Não obstante serem paradigmáticas tanto a atividade do juiz quanto a atividade do historiador do direito, pois em ambas há uma fusão de horizontes históricos na aplicação de sentidos, Gadamer destaca a tarefa do primeiro como o mais digno exemplo da mediação entre as realidades do passado e do presente. De fato, proferir uma decisão judicial remete, por um lado, a um caso jurídico atual que exige uma resposta no tempo presente, e, por outro lado, remete a uma tradição jurídica relativa ao caso concreto, onde o juiz obrigatoriamente tem uma lida com o passado, seja para dele se apoderar, seja para rejeitá-lo.

A aplicação no direito se revela, portanto, como uma questão fundamental da hermenêutica jurídica, de modo que é por meio dela que se torna possível exprimir os preconceitos jurídicos dos juízes, analisando as específicas tradições do direito que guiam as suas decisões judiciais. A partir das ideias acerca da aplicação, Gadamer questiona o fenômeno da subsunção no direito, na medida em que há, em sua visão, uma preponderância da hermenêutica jurídica sobre a dogmática jurídica. É que o juiz, para responder a uma requisição do tempo presente, se relaciona com a tradição de

---

de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Assim, a cada momento, ele pode assumir a posição do historiador, e dirigir-se às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz. Inversamente, o historiador, que não se ocupa com nenhuma tarefa jurídica mas que pretende simplesmente estabelecer o significado histórico da lei – como qualquer outro conteúdo da tradição histórica –, não pode ignorar que o que está em questão nesse caso é uma criação jurídica que requer uma compreensão jurídica. Ele deve poder pensar também juridicamente e não apenas historicamente. É verdade que o estudo de um texto jurídico ainda vigente é para o historiador um caso excepcional. Mas esse caso excepcional serve para deixar claro o que é que determina nossa relação com qualquer tradição. O historiador que pretende compreender a lei a partir de sua situação histórica original não pode ignorar os efeitos jurídicos que ela desenvolveu. É ela que lhe fornece as questões que ele coloca à tradição histórica." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 430 e 431, tradução de Flávio Paulo Meurer)

forma crítica, porque não é possível uma aplicação de sentido jurídico de maneira irrefletida ao decidir uma situação prática. Gadamer é enfático ao dizer que a compreensão resulta inevitavelmente em uma aplicação do sentido interpretado, o que sempre ocorre por meio de prejulgamentos, de forma que não é adequado pensar na ideia de uma mera subsunção da norma jurídica, já que o horizonte do passado de algum modo ressoa na intepretação do juiz. Vale ressaltar, a propósito, a conclusão de Gadamer no sentido de nunca ocorrer uma pura subsunção do caso concreto ao texto normativo, precisamente porque há obrigatoriamente uma mediação da tradição jurídica. Como o tema da subsunção é importante para o mundo do direito e tem relação com alguns assuntos desta tese, como, por exemplo, os relativos à distinção entre casos fáceis e difíceis e à aplicação e à criação do direito pelos juízes, é importante uma análise, ainda que breve, em tópico próprio.

2.3.1.1. A aplicação no direito e a subsunção

Este sucinto tópico foi criado apenas para tratar de forma propedêutica de uma passagem de *Verdade e método I* a respeito do fenômeno da subsunção, já que este é um tema relevante do mundo jurídico. Gadamer expressamente afirma que não é possível pensar em uma dogmática jurídica que produza uma singela subsunção do intérprete ao aplicar o direito. Tal passagem é importante, uma vez que este trabalho examinará a tradicional diferenciação no mundo do direito entre casos fáceis e difíceis. E os casos fáceis podem ser entendidos no mundo jurídico como aqueles em que ocorrem simples subsunções, de maneira que é relevante analisar o pensamento gadameriano sobre a questão. Assim, é importante transcrever o mencionado trecho da obra de Gadamer acerca da subsunção:

> Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a

> hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.[139]

Gadamer declara que não existe uma dogmática perfeita no mundo do direito que implique uma pura subsunção. O ponto que deve ficar claro é que Gadamer não elimina a ideia de subsunção – até porque ela remete à noção de aplicação e esta é um ato indissociável da interpretação –, mas apenas reconhece que há uma certa complexidade fenomênica em sua concretização. E isso porque há sempre mais em jogo nos atos de subsunção do que uma simples aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto, uma vez que, entre outros fenômenos hermenêuticos, há necessariamente os horizontes históricos do ente interpretado e do intérprete, há sempre os preconceitos deste e há inevitavelmente uma específica situação hermenêutica. Por conseguinte, para Gadamer, não há nenhum tipo de dogmática jurídica que consiga tornar a aplicação do direito sempre como um singelo ato de subsunção, porque não é possível uma interpretação que não tenha influência da história. Com efeito, toda e qualquer prática hermenêutica é inevitavelmente acompanhada de diversos fenômenos históricos, tais como os preconceitos do intérprete, a história efeitual, a distância temporal do intérprete, a fusão de horizontes etc. Assim, se considerar que toda subsunção no direito decorre de uma prática hermenêutica e que por isso pressupõe certos fenômenos hermenêuticos – tradição, horizontes históricos, história efeitual, preconceitos do intérprete etc. –, realmente tem razão Gadamer em afastar o caráter de simplicidade do ato de subsunção. Todavia, a falta de simplicidade do ato de subsunção não significa algo como uma dificuldade cognitiva, como uma espécie de complexidade compreensiva, mas sim que se trata de um ato carregado de variados fenômenos históricos. De fato, um caso fácil possibilita uma simples subsunção pelo juiz, não no sentido gadameriano, evidentemente, mas no sentido de que não há dúvidas ou impasses jurídicos na aplicação do direito. Dizendo de outro modo: no âmbito jurídico pode ocorrer uma mera subsunção nos casos fáceis, pois o que importa nesse contexto é ausência de complexidade de interpretação, mas a subsunção nunca será simples do ponto de

---

[139] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 433, tradução de Flávio Paulo Meurer.

vista da hermenêutica filosófica, no específico sentido de que ela é sempre carregada de uma multiplicidade de fenômenos históricos.

No mundo do direito, a partir do momento que há uma consciência hermenêutica desenvolvida por um juiz a respeito de alguns temas, ele pode aplicar o direito em muitos casos fáceis de uma forma que beira um automatismo. Aliás, não só é corriqueiro, como também é preciso uma espécie de automatismo das decisões judiciais em muitas circunstâncias, especialmente decisões interlocutórias, sobretudo pela enorme quantidade de casos repetitivos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Conforme vai ocorrendo um diálogo hermenêutico sobre um tema, com a consequente expansão e/ou clarificação da tradição jurídica, a aplicação no direito nestas situações reiteradas vai se tornando mais irrefletida, possibilitando subsunções nos casos fáceis. E precisamente nos casos simples a multiplicidade de fenômenos históricos estudada acima não elimina a possibilidade de uma simples subsunção - jurídica – pelos juízes. O fenômeno da subsunção no direito será retomado no capítulo final, ao serem analisadas específicas questões jurídicas relativas à decisão judicial. Cabe agora investigar o tema da linguagem, começando pela pergunta hermenêutica, que é indispensável para o diálogo hermenêutico.

2.4. A pergunta hermenêutica

O último tópico da parte II de *Verdade e método I*, que versa sobre a compreensão, investiga o fenômeno da pergunta. Assim, a análise da pergunta serve de transição para o início da parte III, que discorre sobre a linguagem. É plausível presumir que não se trata de uma escolha meramente contingente de Gadamer, uma vez que o perguntar tem fundamental importância tanto para a compreensão quanto para a linguagem na práxis hermenêutica. Daí porque é conveniente colocar o tema da pergunta como passagem entre os fenômenos da compreensão e da linguagem. Realmente, a pergunta hermenêutica é uma exigência imprescindível para o diálogo e este, no pensamento gadameriano, é o modo pelo qual a linguagem se concretiza. E a linguagem é, por sua vez, condição para que ocorra a compreensão do intérprete. Portanto, há uma relação intrínseca fundamental na prática hermenêutica entre compreensão, pergunta, diálogo e linguagem.

Um ponto relevante que deve ser inicialmente ressaltado é que a visão gadameriana sobre o assunto contraria o ponto de vista comum, porque parte da premissa de que perguntar é mais complicado do que responder. Há em Gadamer uma confessada influência do pensamento de Sócrates em relação ao assunto, já que ele remete à ideia de saber que não sabe. Esta negatividade radical, baseada no só sei que nada sei de Sócrates, sinaliza a primazia da pergunta, a qual se torna condição para a formação de uma adequada consciência hermenêutica. Quando um intérprete sabe que não sabe, é através de perguntas que ele procura saber. Se há perguntas, há possibilidades de respostas. É por meio de perguntas e respostas que acontece a dialética e, consequentemente, ocorre o fenômeno da conversação hermenêutica. Gadamer associa o fenômeno da pergunta à noção de abertura[140]. O perguntar requer sentido para produzir uma direção, isto é, como a pergunta hermenêutica promove uma abertura para diferentes respostas, ela deve ter um ajustado sentido de orientação para o intérprete. Uma pergunta hermenêutica só é autêntica se ela abre uma dimensão que permite múltiplas respostas, possibilitando o sim e o não, os prós e os contras, de forma que sejam possíveis argumentos opostos, perspectivas contrárias. Logo, uma pergunta retórica não é uma verdadeira pergunta hermenêutica, precisamente porque não cria uma abertura para múltiplas respostas, já que não há algo efetivamente indagado, sendo assim uma mera aparência de pergunta.

A pergunta hermenêutica tem que ser uma interrogação verdadeira e, para tanto, tem que colocar no aberto o ente perguntado, possibilitando, assim, pontos de vistas discordantes, tendo em vista que o conhecimento pressupõe ponderação sobre os opostos. Por conseguinte, há um âmbito de repostas demarcado pela própria interrogação do intérprete, de forma que a pergunta abre e fecha, concomitantemente, espaços para respostas. É que a abertura gerada pela pergunta, ao delimitar um horizonte de respostas possíveis, acaba também balizando o âmbito das respostas que não são possíveis. Deveras, como a pergunta hermenêutica deve criar um sentido

[140] Gadamer escreve: “Perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. Aquilo que se interroga deve permanecer em suspenso na espera da sentença que fixa e decide. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta, em sua questionabilidade. Ele tem de ser colocado em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra. O sentido de qualquer pergunta só se realiza na passagem por essa suspensão, onde se converte numa pergunta aberta. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando essa falta, ela é, no fundo, uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico de pergunta.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 474, tradução de Flávio Paulo Meurer)

de orientação para o intérprete, a sua abertura se vincula a um fechamento, porque o espaço produzido para respostas não é ilimitado. Destarte, não é qualquer pergunta que cria um horizonte apropriado de respostas para lidar com um dado problema hermenêutico, sendo necessária a pergunta hermenêutica adequada. Nesse contexto, constata-se que a pergunta e o diálogo alicerçam o conhecimento do intérprete e, por isso, torna-se evidente o problema do método como o único caminho para o saber verdadeiro, porque não há métodos para fazer as perguntas certas na práxis hermenêutica.

O fenômeno da ideia está atrelado ao perguntar e ao saber que não sabe. Se, de um lado, não há métodos que fornecem ideias para os problemas hermenêuticos, de outro lado, as ideias não surgem do nada. As ideias nascem a partir da relação do intérprete com o ente interpretado, o que indica que as ideias brotam se há uma conversação hermenêutica, o que pressupõe a realização de perguntas. Logo, as ideias que despontam no intérprete derivam do fenômeno da pergunta hermenêutica, a qual é condição para a realização de um diálogo hermenêutico. A experiência do choque conduz à formulação de perguntas e respostas, já que nesta situação o intérprete não encontra sentido ou ele é divergente. Portanto, em razão de experiências negativas, o intérprete é coagido a perguntar e, consequentemente, é impelido a uma conversação hermenêutica. Se a hermenêutica é a arte da compreensão, ela pressupõe a arte de perguntar, na medida em que é a pergunta hermenêutica que possibilita um autêntico e produtivo diálogo hermenêutico, porque é ela que permite enxergar os opostos, colocando à prova os argumentos contrários. Por outro lado, a pergunta hermenêutica, além de determinar o horizonte das possíveis respostas, remete a uma transcendência do que foi respondido. É que o perguntar abre possibilidades de diferentes respostas, de modo que o sentido de uma específica resposta transcende o que é falado, já que tem em vista a pergunta[141].

[141] Gadamer sustenta: “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, ultrapassando 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 ter 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.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 482, tradução de Flávio Paulo Meurer)

O fenômeno da pergunta hermenêutica é precisamente um dos âmbitos em que a atividade humana não pode ser metodizada. Todo ente interpretado contém possibilidades de sentidos não enxergados pelo seu autor. Assim, embora o intérprete deva sempre partir do ente interpretado, uma conversação hermenêutica produtiva requer perguntas que transcendam o falado pelo ente interpretado, em virtude de elas possibilitarem aberturas diversas de sentidos. A história efeitual tem a aptidão de produzir distintos sentidos de um mesmo ente. Há um real acontecer histórico do ente interpretado, o qual é compreendido pelo intérprete que desenvolve uma consciência da história efeitual. A pluralidade de sentidos que algo pode gerar ao longo da história embasa a crítica de Gadamer àqueles que limitam a interpretação ao ponto de vista do autor do ente interpretado, ou seja, a filosofia gadameriana é absolutamente contrária a este tipo de redução hermenêutica, pois entende que a perspectiva do autor é de menor importância frente às produtivas e variáveis experiências hermenêuticas ocorridas ao longo da história. Com isso, Gadamer entende que o ente interpretado interpela o intérprete antes mesmo que este faça as suas perguntas, de maneira que o diálogo hermenêutico se dá por meio de uma espécie de inquirição do próprio ente. A historicidade do ente e a tradição transmitida para o intérprete demandam para ele perguntas que ultrapassem o horizonte histórico originário, de modo que essa transcendência de horizonte é uma exigência para o questionamento hermenêutico. Daí porque o fenômeno da fusão de horizontes se revela como exigência para uma autêntica interpretação, na medida em que as concepções e ideias do passado são recuperadas e rearticuladas no tempo presente do intérprete para lidar com seus problemas atuais[142]. A arte de perguntar possibilita colocar em suspenso os preconceitos do intérprete, permitindo, assim, multiplicidades de sentidos e a compreensão de perspectivas diferentes. O perguntar hermenêutico, como gera a conversação hermenêutica, é indispensável para a compreensão do intérprete.

[142] Gadamer diz: “Uma pergunta reconstruída não pode nunca permanecer em seu horizonte originário. O horizonte histórico descrito na reconstrução não é verdadeiramente um horizonte englobante. Encontra-se, antes, ele mesmo, abarcado pelo horizonte que nos engloba a nós que perguntamos e que somos atingidos pela palavra da tradição. (...) Quando a pergunta ‘histórica’ surge para si mesma, significa sempre que já não se ‘coloca’ como pergunta. É o produto residual que surge do fato de já não mais compreendermos, um desvio onde ficamos atolados. Por outro lado, a verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham também nosso próprio conceber. Acima, chamamos a isso de fusão de horizontes.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 487 e 488, tradução de Flávio Paulo Meurer)

Porém, há um fenômeno que possibilita tanto o perguntar quanto o diálogo: a linguagem.

2.5. A intepretação e a linguagem

Gadamer explicou que a compreensão, a interpretação e a aplicação representam uma unidade hermenêutica, ou seja, são fenômenos distintos, mas indissociáveis no processo hermenêutico. O acontecer da experiência hermenêutica, porém, remete necessariamente ao fenômeno da linguagem, isto é, os comportamentos hermenêuticos dos intérpretes são também comportamentos linguísticos[143]. A compreensão e a interpretação têm seu lugar na linguagem, visto que o intérprete não consegue reproduzir as experiências dos outros intérpretes, de forma que os acordos ou as divergências entre diferentes intérpretes se efetivam na linguagem. A linguagem não é só o lugar onde é possível concordâncias ou discordâncias compreensivas entre os intérpretes, mas também é o meio pelo qual os intérpretes têm sua experiência de mundo. Daí porque a terceira parte de *Verdade e método I* é dedicada ao fenômeno linguístico e tem como título "*A virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguagem*".

Como toda interpretação se dá com a intervenção da linguagem, o intérprete, quando realiza a fusão de horizontes, tem uma linguagem que possibilita o diálogo com o ente interpretado. Os horizontes históricos que possibilitam a fusão de horizontes têm o caráter de linguagem, sendo assim possível falar que são horizontes históricos linguísticos. Nesse sentido, pode-se dizer que a fusão de horizontes resulta em uma espécie de fusão de linguagens, tendo em vista que no acontecer da compreensão há uma interação entre a linguagem do intérprete e a linguagem do ente interpretado, a partir da historicidade de cada um. Daí porque Gadamer desenvolve a

[143] Gadamer afirma: "Como vimos, compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que *todo esse processo é um processo de linguagem*." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 497, tradução de Flávio Paulo Meurer)

noção de conversação hermenêutica, precisamente porque todo diálogo é mediado pela linguagem, o que significa, então, que o diálogo hermenêutico é uma conversação das linguagens dos entes envolvidos no processo compreensivo[144].

A conversação hermenêutica pensada por Gadamer pode se dar entre entes que têm o caráter de ser-aí ou entre estes e entes intramundanos. Em qualquer um dos casos, há sempre diferentes horizontes hermenêuticos, uma vez que os intérpretes ou os entes interpretados têm historicidade e linguagem. A noção de horizonte hermenêutico, assim como a de consciência hermenêutica, pressupõe compreensão e linguagem, que são fenômenos indissociáveis e que possibilitam desvelar as historicidades do ente interpretante e do ente interpretado. A compreensão não decorre apenas de sentidos derivados do horizonte do intérprete, nem somente dos sentidos decorrentes do horizonte do ente interpretado, mas sim da mescla de ambos, que se consubstancia na já analisada ideia de fusão de horizontes. Portanto, o diálogo hermenêutico ocorre mediante fusão de horizontes[145], possibilitado pelos fenômenos da compreensão e da linguagem. Como a ideia de diálogo hermenêutico significa uma conversa entre o intérprete e o ente interpretado, constata-se que a linguagem é implicada em qualquer interpretação. Realmente, de um lado, todo ente compreendido tem caráter de linguagem, sendo por ela expressado, e, de outro lado, o próprio ente que interpreta tem a sua linguagem. Aqui é importante relembrar as lições de Heidegger de que a linguagem é um dos elementos cooriginários da abertura do ser-aí, assim como a compreensão, ou seja, tanto a linguagem quanto a compreensão são modos de ser fundamentais de qualquer

---

[144] Gadamer declara: “Logo, é plenamente legítimo falar de uma *conversação hermenêutica*. Mas isso implica que tanto a conversação hermenêutica quanto a real precisam elaborar uma linguagem comum, e que essa elaboração de uma linguagem comum, como na conversão, não representa a preparação de um aparato com vistas ao acordo, mas coincide com a própria realização do compreender e do acordo. Como ocorre entre duas pessoas, também entre os parceiros dessa ‘conversação’ se dá uma comunicação que é mais que mera adaptação. O texto traz um tema à fala, mas isso, em última instância, é devido ao trabalho do intérprete. Ambos tomam parte disso.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 502, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

[145] Gadamer escreve: “Nesse sentido o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que diz no texto. Acima descrevemos isso como fusão de horizontes. Agora podemos reconhecer nisso *a forma de realização da conversação*, graças à qual chega à expressão uma ‘coisa’ que não é somente minha ou de meu autor, mas uma coisa comum a ambos. (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 503, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

intérprete. Dessa forma, se a compreensão é dirigida para um diálogo entre entes dotados do caráter de ser-aí, a linguagem se revela com toda força, porque a comunicação entre seres humanos é um fenômeno linguístico. A hermenêutica filosófica de Gadamer avança para concatenar a linguagem aos entes interpretados que não têm o caráter de ser-aí, reconhecendo, assim, um cunho linguístico aos entes intramundanos, que possibilita a conversação hermenêutica, mas de modo diverso daquela que ocorre com um ser-aí. Nesse contexto, é oportuno realçar que não é raro um ser-aí ser tratado como um tipo de ente intramundano em diálogos hermenêuticos inautênticos[146].

O caráter de linguagem da tradição é essencial, notadamente em relação à tradição escrita, pois esta torna possível a convivência de diferentes horizontes históricos, uma vez que a escrita é a melhor forma de conservação e de transmissão da tradição. De fato, a tradição escrita é constituída de textos que não se alteram em relação ao seu conteúdo, apesar de possibilitar a produção de múltiplos sentidos ao longo do tempo, ou seja, a tradição escrita se consubstancia em textos que permanecem iguais, sendo modificados apenas os seus significados no decorrer da história. Por conseguinte, a tradição escrita transcende seu horizonte histórico, porque ultrapassa a finitude de sua época, permitindo, assim, a conservação de lembranças, vale dizer, os textos escritos possibilitam a manutenção das memórias passadas. Gadamer entende que as pessoas têm um desejo de permanência de recordação,

[146] A respeito desta questão, é pertinente o ensinamento do filósofo americano Darren Walhof: "A análise de Gadamer depende de uma distinção entre conversas que são 'genuínas' (1995, 383), 'autênticas' (1995, 363), ou 'verdadeiras' (1995, 303), por um lado, e aquelas conversas que são inautênticas ou não genuínas, por outro. Conversas inautênticas chegam de várias formas, mas compartilham uma deficiência comum: uma das partes da conversa trata o(s) outro(s) como um objeto ao invés de um parceiro em diálogo (1995, 303). Incluído aqui seria uma conversa com alguém que procura constantemente controlar em vez de seguir a conversa à medida que ela se desenrola. Neste caso, os outros existem apenas para que ele tenha alguém para ouvir seus pontos de vista e para quem ele pode provar que está certo sobre algo (1995, 363). Eles são objetos em vez de parceiros." (...) "Contrastando a linguagem escrita e discurso, Gadamer observa que, enquanto os textos requerem interpretação (a reconstrução do horizonte histórico) como parte da compreensão, o discurso como parte do diálogo é simplesmente interpretação. Na conversação, em outras palavras, a interpretação do discurso 'não é um momento suplementar adicional'. Pelo contrário, 'no diálogo estamos realmente interpretando. Falar então é interpretar a si mesmo' (Gadamer 1984, 81-82). De fato, como argumenta em *Verdade e método*, reconstruir o horizonte do outro em uma conversação pode realmente ser um meio de *evitar* a compreensão. Afirmamos saber de onde a outra pessoa vem dando uma explicação, porque elas acreditam nas coisas que fazem ('Claro, ela diria aquilo; ela é uma cristã evangélica.'), mantendo assim nossa distância deles ao invés de cair com eles. Em um diálogo genuíno, o processo de compreensão é mais imediato, pois os horizontes dos participantes são fundidos através do vai e vem que constitui a conversa, tornando desnecessária esta tarefa de reconstrução." (*The Democratic Theory of Hans-Georg Gadamer*. Grand Rapids, Palgrave Macmillan, 2017, páginas 39, 40 e 41, tradução livre)

que se traduz em um tipo de vontade de tradição. E a linguagem escrita é a melhor forma de concretizar essa intenção de permanência[147]. Na tradição escrita a linguagem transmitida se desapega do autor e o próprio texto se desprende também da sua conjuntura histórica originária[148], ou seja, o texto interpretado ganha autonomia

[147] No que tange à questão da tradição escrita, é oportuno fazer uma breve digressão sobre o pensamento gadameriano. É que, embora Gadamer dê um destaque à tradição escrita, porque nela a linguagem permanece "viva", subsistindo efetivamente para além do ato que a elaborou, não se pode negar que nos tempos atuais, com o avanço da tecnologia, a tradição oral ganha também força conservativa. Realmente, com o fenômeno da internet e outros como, por exemplo, WhatsApp, Telegram, Instagram, Facebook, Youtube etc., a tradição oral tem a possibilidade de sobreviver em diferentes horizontes da história com força semelhante à tradição escrita e, em muitos casos, ser transmitida de forma mais clara, acessível e abrangente. Aliás, é comum no mundo atual a transformação de textos escritos em formas orais, o que acontece, por exemplo, com o fenômeno do "audiobook". Contudo, o "audiobook" não deixa de ser um texto escrito apenas comunicado oralmente. A presente conjuntura histórica, com o contínuo desenvolvimento da tecnologia, possibilita a criação, a transmissão e a manutenção de conteúdos orais, de modo que atualmente é absolutamente factível conservar uma tradição oral. Como tais fenômenos não existiam no período em que foi escrito *Verdade e método* e à época da morte de Gadamer eram incipientes ou inexistentes, é perfeitamente aceitável e, de certo modo necessário, aplicar para a tradição oral o pensamento gadameriano a respeito da tradição escrita. Esta observação aqui feita em relação às lições de *Verdade e método* tem o objetivo específico de demonstrar que as ideias de Gadamer tem relevância no período atual, porquanto a noção de tradição, que é fundamental na hermenêutica filosófica, ganha força também na sua versão oral, precisamente porque os instrumentos do mundo hodierno não só possibilitam, como de fato conservam e transmitem a tradição. Vale dizer, nesse contexto, que no mundo contemporâneo a tradição se manifesta com mais vigor e amplitude, porquanto, além da sua capacidade de conservação e transmissão de maneira escrita, ela também tem enorme aptidão de conservação e transmissão de modo oral. Por exemplo, antigamente as aulas, que eram e são predominantemente orais, só podiam ser conservadas pela escrita, isto é, por meio de anotações dos alunos ou dos professores, formando assim apenas uma tradição escrita. Hodiernamente, porém, as aulas orais podem ser conservadas sem qualquer anotação escrita, isto é, podem ser conservadas e continuamente retransmitidas oralmente, especialmente pela forma cada vez mais comum de ensino virtual. Se Sócrates vivesse na presente época, seus diálogos orais poderiam ser conservados e retransmitidos também oralmente, não sendo necessário alguém como Platão para remontá-lo por meio de uma linguagem escrita. Cabe ainda destacar que o fenômeno do falatório descrito por Heidegger em relação à decadência do ser-aí adquire mais força no mundo hodierno, tendo em vista a maior capacidade de repetição e difusão do que o ser-aí tem uma compreensão superficial, daquilo entendido apenas por cima sobre um dado fenômeno. Por outro lado, uma tradição oral tem a vantagem sobre a escrita no que concerne a uma eventual identificação das tonalidades afetivas. É que por meio da tradição escrita é muito penoso ou praticamente inviável identificar as tonalidades afetivas do autor de um texto qualquer. Já por meio de uma tradição oral, especialmente quando há imagens, não se torna tão árduo identificar em alguns casos certas tonalidades afetivas. Por exemplo, no que concerne ao julgamento de certos temas pelo STF, quando são transmitidos pela televisão ou qualquer outro meio, é possível identificar no tom da voz, no rosto, na linguagem corporal de alguns ministros certas tonalidades afetivas que conferem, nesse sentido, uma maior transparência da posição do juiz acerca de um processo judicial, transcendendo a mera literalidade de um texto escrito, sobretudo porque a linguagem oral é muito mais fluida e flexível do que a linguagem escrita. Essa tradição jurídica oral, cada vez mais comum e abrangente, possibilita uma maior expansão do diálogo hermenêutico a respeito de certos temas, já que a linguagem oral permite a interpretação de certos significados que não são possíveis na linguagem dura e fria de uma tradição escrita. E nesse contexto a tradição oral, sobretudo quando acompanhada por imagens, tem um potencial de revelar mais aspectos da existência fática de um juiz do que a tradição escrita.

[148] Gadamer, fazendo menção ao ser-aí (*Dasein*), afirma: "Na escrita a linguagem alcança sua verdadeira espiritualidade, pois, frente à tradição escrita, a consciência compreensiva alcançou sua plena soberania. Em seu ser, já não depende de nada. Assim, a consciência leitora se encontra na

em relação ao seu autor, produzindo historicidades distintas, de modo que a história efeitual de um texto escrito seja absolutamente diversa da história de seu criador. A escrita tem grande importância para a linguagem, na medida em que indica uma espécie de purificação das tonalidades afetivas e quaisquer fatores psíquicos no falado, possuindo, assim, preponderância metodológica, precisamente porque textos escritos são emancipados dos fenômenos mentais[149]. Segundo Gadamer, a tradição é a coisa predileta da interpretação. Tanto esta quanto aquela são fenômenos que se manifestam pela linguagem, vale dizer, a tradição é uma forma de comunicação linguística, sendo conservada e transmitida precisamente por seu caráter de linguagem. Para Gadamer, o problema hermenêutico se trata da concordância a respeito de algo, sendo que tal acordo só é possível pela linguagem. Nesse contexto, percebe-se que o diálogo hermenêutico remete a uma espécie de conciliação, apontando para uma fusão de horizontes, de modo que compreender a tradição remete ao fenômeno da consciência da história efeitual. Todavia, se o intérprete não colocar em jogo seus preconceitos históricos, não conseguirá captar adequadamente a alteridade do ente interpretado, que possui uma historicidade própria, isto é, se a diferença do ente interpretado for compreendida a partir de preconcepções não questionadas, a alteridade do ente não se revelará de maneira apropriada. Logo, uma intepretação adequada requer consciência histórica e linguagem, porque exige consciência dos preconceitos do próprio intérprete, os quais orientarão o diálogo com o ente interpretado.

É preciso esclarecer que uma consciência histórica produtiva é a que reconhece e pondera sobre os seus próprios preconceitos, uma vez que estes são

---

posse potencial de sua história. Não é por acaso que o conceito da filologia, do amor aos discursos, com o aparecimento da cultura literária se transformou na arte oni-abrangente da leitura, perdendo sua relação originária com o cultivo do falar e argumentar. A consciência leitora é necessariamente histórica, é consciência que se comunica livremente com a tradição histórica. Nesse sentido é legítimo equiparar, junto com Hegel, o começo da história com o surgir de uma vontade de tradição, de 'permanência de recordação'. A escrita não é um simples acidente ou uma mera adição que não alteraria qualitativamente nada no progresso da tradição oral. É claro que também sem escrita pode dar-se uma vontade de sobrevivência, uma vontade de permanência. Mas é só a tradição escrita que pode desligar-se da mera persistência de resíduos de uma vida passada, a partir dos quais é possível à existência (*Dasein*) remontar a outra existência completando-a..." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 506, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

[149] É oportuno destacar que a tradição oral não apresenta a mesma libertação dos fenômenos psíquicos que a tradição escrita, especialmente pelos instrumentos tecnológicos atuais que permitem não apenas ouvir a linguagem, mas sobretudo ver o autor de um discurso oral enquanto fala em seu contexto fático e histórico.

condição de possibilidade da interpretação. A consciência histórica que procura eliminar as suas preconcepções se evidencia como ingênua e equivocada, pelos simples motivo de ser impossível a supressão dos preconceitos, já que todo círculo hermenêutico pressupõe as estruturas prévias da interpretação. Portanto, a interpretação consiste em trazer à fala o ente interpretado, por meio de uma reflexão, e não de uma eliminação, dos prejulgamentos do intérprete. Esse fazer o ente interpretado falar só é possível por meio da linguagem do intérprete, o qual se encontra, porém, inevitavelmente em uma determinada situação hermenêutica. A existência fática de cada intérprete gera situações hermenêuticas que possibilitam a produção de apropriações e compreensões distintas e continuamente novas. A possibilidade de constantes intepretações originais não significa, todavia, a impossibilidade de interpretações corretas, muito menos que elas se reduzem a meros subjetivismos. É que a interpretação de uma pessoa sempre pode remeter a outras intepretações devido ao seu traço linguístico, possibilitando, assim, os diálogos hermenêuticos. Precisamente porque a compreensão pressupõe linguagem, diferentes interpretações sobre um ente podem ser analisadas, concatenadas, comparadas e, portanto, reconhecidas como piores, melhores, corretas, incorretas, adequadas, inadequadas, legítimas, ilegítimas etc. Em razão do cunho linguístico da interpretação e do caráter universal da linguagem, há possibilidade de remissão a outras interpretações e de que elas tenham pretensões de verdade, correção, adequação, legitimidade, validez etc.

Toda interpretação materializa sentido no mundo por meio da linguagem, porque sempre gera aplicação pelo intérprete[150]. Frisou-se anteriormente que o processo hermenêutico é um processo unitário em que são inseparáveis a compreensão, a interpretação e a aplicação, que se concretizam no âmbito linguístico.

---

[150] Gadamer diz: “Sabemos que, embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação torna-se claro pelo fato de que a toda interpretação é essencialmente inerente seu caráter de linguagem. O caráter expressivo da linguagem, que a compreensão ganha na interpretação, não gera um segundo sentido além do que foi compreendido e interpretado. Na compreensão, os conceitos interpretativos não se tornam temáticos como tais. Ao contrário, determinam-se pelo fato de se ocultarem atrás do que eles trazem à fala na intepretação. Paradoxalmente, uma interpretação é correta quando é suscetível desse ocultamento. E, no entanto, também é certo que ela se apresenta enquanto destinada a desparecer. A possibilidade de compreender depende da possibilidade dessa interpretação mediadora.” (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 515, Tradução de Flávio Paulo Meurer)

Se o ente interpretado não tem natureza linguística, como, por exemplo, uma obra de arte, ela requer necessariamente linguagem para a compreensão do intérprete. Com efeito, todo debate, diálogo, entendimento, intepretação, justificação etc. sobre um ente não linguístico somente ocorre por meio da linguagem, sendo ela indispensável para uma conversação hermenêutica. A linguagem é um fenômeno universal que torna possível a compreensão, a interpretação e a aplicação. A universalidade da linguagem, por sua vez, aponta para a universalidade da razão, sobretudo porque esta é derivada dos elementos originários e universais da abertura do ser-aí. Gadamer diz que *"a linguagem é a linguagem da razão"*[151], ressaltando a proximidade destes fenômenos, sendo que a universalidade da razão permite que diferentes línguas falem tudo que quiserem, de maneira que ocorra uma espécie de unidade entre pensar e falar. Na compreensão, a linguagem é imanente de tal modo que este aspecto normalmente não é percebido, de forma que a relação entre linguagem e pensamento é indesatável. Daí porque Gadamer afirma que *"o intérprete não sabe que carrega para dentro de sua interpretação tanto a si mesmo quanto seus próprios conceitos"*[152]. Uma das consequências dessa visão gadameriana é que a linguagem e o ente interpretado apresentam uma unidade compreensiva, de modo que tanto a compreensão quanto a linguagem abarcam qualquer fenômeno hermenêutico. Isso é possível porque há um mundo comum compartilhado, pois todo intérprete é um ser-no-mundo. Como o mundo é o lugar de manifestação de todo e qualquer fenômeno, o mundo é condição de possibilidade do acontecimento dos fenômenos da compreensão, da interpretação, da aplicação e da linguagem. Este pensamento gadameriano manifesta-se como um desdobramento da concepção de Heidegger a respeito do ser-no-mundo como estrutura ontológica fundamental do ser-aí. Com isso, Gadamer entende que o âmago das palavras diz respeito à diferença ontológica, em que a palavra, como ente, se articula com seu ser, de modo que a correção de uma

[151] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 519, tradução de Flávio Paulo Meurer.

[152] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 521, tradução de Flávio Paulo Meurer.

palavra se dá quando há manifestação do ser do ente[153]. A consequência da diferença ontológica em relação às palavras indica que a verdade não está no aspecto ôntico, mas no caráter ontológico, não obstante a linguagem ser o meio necessário para o pensamento, a intepretação, a compreensão e a justificação da verdade, isto é, embora não seja possível chegar à veracidade sem a linguagem, a verdade não está nas palavras. Assim, as palavras não se caracterizam apenas como instrumentos ônticos da linguagem, como meros signos de comunicação de um fenômeno, já que as palavras em alguma medida e de um certo modo conseguem reproduzir o ser dos entes. Os fenômenos reportados pelas palavras são por elas expressos e comunicados. A palavra, em seu aspecto ontológico, remete de alguma maneira a um acontecer, de modo que Gadamer afirma que *"o sentido da palavra não pode ser separado do acontecer desse anúncio. O caráter de acontecer faz parte, antes, do próprio sentido"*[154]. Esse traço de acontecer da linguagem, por seu turno, conecta-se com o pensamento gadameriano relativo ao processo da formação dos conceitos.

A formação dos conceitos e a sua relação com o acontecer da linguagem não se reduz à estrutura da lógica. A constituição natural dos conceitos, embora tenha uma especial relação com a lógica, não se esgota nesta, porquanto é comum palavras serem criadas sem coerência, como decorrência de acidentes. Há uma inegável contingência na criação dos conceitos, de modo que a armação da lógica abrange apenas uma parte desse processo. De fato, a contingência na formação dos conceitos

---

[153] Gadamer assevera: "O fato de que a palavra seja um instrumento erigido para o trato docente e diferenciador das coisas, portanto, que seja um ente que pode adequar-se e corresponder mais ou menos a seu próprio ser, fixa a questão da essência das palavras de um modo que não pode ficar sem problemas. O trato com as coisas de que se fala aqui é a revelação da coisa referida. A palavra é correta quando faz a coisa se apresentar, isto é, quando é uma representação (*mimesis*). Decerto, não se trata de uma representação imitadora, no sentido de uma cópia direta, de modo a reproduzir o fenômeno audível e visível, mas é o ser (*ousia*), o qual se pode dizer que 'é' (*einai*), que deve ser revelado pela palavra. (...) '*Crátilo* tem toda a razão quando se pronuncia contra isso. Tem razão também quando diz que, enquanto a palavra for palavra, precisa ser 'correta', uma palavra que 'convém'. Se ela não for correta, se não tiver significado, não é mais que o bronze que ressoa. Nesse caso, não tem o menor sentido se falar de falsidade. É claro que também podemos chamar alguém não pelo seu nome correto, por tê-lo confundido com outro, assim como podemos não empregar a palavra correta para uma coisa, porque esta não é conhecida. Mas nesse caso não é a palavra que está errada, mas o seu emprego. Só aparentemente se refere à coisa para a qual é empregada. Na realidade ela é a palavra adequada para outra coisa, e como tal é correta." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 530 e 531, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[154] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 551, tradução de Flávio Paulo Meurer.

se dá porque os seres humanos têm espaços de liberdade criativa que não podem ser eliminados. A imperfeição humana e a imprecisão do saber humano tornam impossível a superação de âmbitos de contingência da linguagem, havendo, assim, uma intrínseca conexão entre a inexatidão do conhecimento humano com a inexatidão de conceitos criados historicamente. A imprecisão da linguagem não pode ser superada pela compreensão finita humana, de forma que somente um ser infinito teria capacidade de suplantar os espaços de indeterminação da linguagem. Todavia, ainda que os conceitos formados possam ter esse caráter de vaguidade, tal fato não significa que eles não têm aptidão para reproduzir de diferentes formas sentidos do ente referido. O fenômeno linguístico pode ser enxergado sob diferentes aspectos, dificultando um entendimento preciso da linguagem, mas que não afasta a sua fundamental importância para a experiência de mundo. Daí porque Gadamer desenvolve uma especial análise sobre a conexão entre linguagem e mundo.

A linguagem, como um dos elementos originários da abertura do ser-aí, é essencial no pensamento heideggeriano para desenvolver a noção ontológica de ser-no-mundo. Gadamer, tendo como referência a analítica existencial de Heidegger em seu pensamento, reconhece que pela linguagem é possível a produção de mundo, de maneira que o mundo se manifesta para os seres humanos de modo absolutamente diverso do que se dá para outros tipos de seres vivos. Com isso, a relação entre linguagem e mundo tem crucial importância para a experiência hermenêutica. Gadamer ressalta o caráter social do mundo circundante dos seres humanos, de modo que os animais têm um mundo circundante completamente diverso, sendo um traço fundamental dessa diferença a liberdade que o ser-aí tem em relação ao seu mundo circundante. E a linguagem é um meio que possibilita a emancipação de um ser-aí de seu mundo circundante. A liberdade do ser-aí para com seu mundo circundante remete principalmente a uma forma de emancipação linguística, em que os conceitos e nomes podem ser colocados em jogo. Acima destacou-se o traço de contingência na formação dos conceitos. É igualmente contingente a existência fática do ser-aí, a qual implica também uma contingência de seu mundo circundante. A linguagem tem um papel fundamental na libertação do mundo circundante humano, o que é inviável para os animais, porque estes só conseguem mudar seus mundos circundantes do ponto de vista do espaço físico, ao migrarem para outros territórios, mas não conseguem se libertar da específica relação que possuem com seus mundos, isto é, os animais não têm aptidão para alterar seus comportamentos em

relação ao seu mundo circundante, muito menos estabelecer uma atitude de distância, não tendo capacidade de construir uma consciência história e uma consciência hermenêutica sobre seus contextos fáticos. Os animais não têm a capacidade de acessar seu mundo circundante como o ser-aí consegue[155]. Contudo, o ser-aí, precisamente em razão da liberdade proporcionada pela linguagem, consegue se soltar de seu mundo circundante, transformando-o ou migrando para outro, sendo assim absolutamente possível questionar a sua tradição, estabelecer conjunturas etc. Uma consciência hermenêutica, concretizada pela linguagem, só existe no ser-aí. A linguagem possibilita a criação de diversos mundos pelo ser-aí, como, por exemplo, o mundo do direito, o mundo da economia, o mundo da política, o mundo da religião, o mundo das artes, o mundo dos esportes, o mundo da educação, o mundo da saúde, o mundo da vida, o mundo do trabalho etc. O mundo do ser-aí é um mundo organizado pela linguagem. Se a linguagem tem o poder de criar mundos, de viabilizar que o ser-aí se emancipe de seu mundo circundante, importa examinar mais a fundo a sua concretização cotidiana como conversação.

O pensamento gadameriano sinaliza o diálogo como o verdadeiro ser da linguagem, o qual possibilita a compreensão do mundo, sendo que toda experiência de mundo tem o caráter de linguagem. Para Gadamer, a essência da linguagem está no diálogo, de modo que toda vida em sociedade é uma vida em diálogo, isto é, a linguagem só conquista sua concretude no diálogo social, pois só por meio deste há acordo[156]. A filosofia gadameriana permite expandir a compreensão do fenômeno

---

[155] Sobre esta questão, Heidegger diz que os animais são pobres de mundo, enquanto os seres humanos são formadores de mundo: “Nós colocamos a tese ‘o animal é pobre de mundo’ *entre* as outras duas: ‘a pedra é sem mundo’ e o ‘homem é formador de mundo’. Se tomarmos a segunda tese em relação à terceira, então fica imediatamente claro o que se tem em mente. Pobre de mundo – pobreza diferente de riqueza; pobreza – o menos ante o mais. O animal é pobre de mundo. Ele tem menos. Menos o quê? (...) daí a possibilidade de falarmos em expansabilidade do âmbito com o qual o homem se relaciona e em formação de mundo. Se aproximarmos ainda mais de nós a diferença entre ‘pobre de mundo’ – ‘formador de mundo’ desta forma, então esta diferença se revela como uma diferença de graus dos níveis de plenitude na posse do ente respectivamente acessível. Também já podemos retirar daí o conceito de mundo: mundo significa inicialmente a soma do ente acessível, seja para o animal ou para o homem, variável segundo a abrangência e a profundidade da penetração.” (*Os conceitos fundamentais da Metafísica: Mundo – Finitude - Solidão.* Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária, 2015, páginas 249 e 250, tradução de Marco Antônio Casanova)

[156] Gadamer diz: “O mundo é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade de linguagem, e digo mais, elas formam linguagem. Isso porque a linguagem é por sua essência a linguagem da conversação. Ela só adquire sua realidade quando se dá o entendimento mútuo. Por isso, não é um simples meio de entendimento.” (*Verdade e método I* –

hermenêutico em razão da linguagem, tendo em vista que toda experiência interpretativa é entretecida de conteúdo linguístico. O caráter universal da linguagem abrange qualquer prática hermenêutica, possibilitando evidenciar a totalidade da conduta do ser-aí, bem como ponderações sobre o mundo e o ser-no-mundo[157]. A linguagem possibilita tanto a conservação quanto a modificação do mundo. Ela possibilita a memória das experiências do ser-aí e a consciência das tonalidades afetivas. A linguagem, portanto, é condição de possibilidade de toda e qualquer experiência hermenêutica. O acontecer da linguagem tem intrínseca relação com a existência finita do ser-aí, ressaltando Gadamer que *"somente o meio da linguagem, por sua referência ao todo dos entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo"*[158].

A intepretação não tem apenas caráter de linguagem, mas também de resposta. Toda interpretação de alguma forma é um tipo de resposta. Se é assim, toda interpretação se conecta a uma pergunta. Daí porque Gadamer entende que a lógica de pergunta e resposta é responsável por estabelecer a compreensão como um acontecer. O diálogo hermenêutico é sempre posterior à dialética da pergunta e da resposta. Esta, por sua vez, possibilita um diálogo sem fim, em que é sempre possível uma nova pergunta, de modo que o sentido nunca se finaliza absolutamente, porque pode sempre se modificar por meio de outra experiência hermenêutica, vale dizer, há

---

traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 576, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[157] Nesse sentido, Gadamer escreve: "Na linguagem torna-se visível o que é real além e acima da consciência individual de cada um. Por isso, no acontecimento da linguagem não encontra lugar somente aquilo que persiste, mas também e justamente a mudança das coisas. (...) Evidentemente que a linguagem é capaz de tudo isso porque não é uma criação do pensamento reflexivo, mas contribui ela mesma para estabelecer a atitude frente ao mundo, na qual vivemos. Assim, se confirma, *grosso modo*, o que constatamos acima: na linguagem é o próprio mundo que se representa. A experiência de mundo feita na linguagem é 'absoluta'. Ultrapassa todas as relatividades referentes ao pôr-o-ser (*Seinsetzung*) porque abrange todo o ser em si, sejam quais forem as relações (relatividade em que se mostra). O caráter de linguagem em que se dá nossa experiência de mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado com ente. A *relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem*. Antes, aquilo que é objeto do conhecimento e do enunciado já se encontra sempre contido no horizonte global da linguagem. O caráter de linguagem da experiência humana de mundo como tal não tem em mente a objetivação do mundo." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, páginas 580 e 581, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[158] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 590, tradução de Flávio Paulo Meurer.

uma inacabável abertura de sentido que impossibilita seu fechamento definitivo. Isso porque os intérpretes são radicalmente históricos, de modo que sua finitude resulta sempre em apropriações historicamente distintas da tradição que inviabilizam uma espécie de interpretação definitiva, em que a compreensão de algo fosse total, categórica e final. Essa abertura de sentido infindável do processo hermenêutico indica um traço especulativo, não apenas da interpretação, mas também da própria tradição que repercute nos preconceitos do intérprete[159]. Constata-se, assim, que a linguagem é imanente ao comportamento hermenêutico, já que é por meio dela que se dá a dialética da pergunta e da resposta e, consequentemente, o diálogo hermenêutico.

A experiência hermenêutica tem um cunho especulativo em razão do caráter especulativo da linguagem ao trazer os entes à fala. O modo de ser da linguagem implica uma armação ontológica universal. Logo, a universalidade da linguagem remete a um modo de ser universal da hermenêutica. O intérprete é um ser-no-mundo em que a linguagem é indissociável de sua relação com o mundo. A compreensão, como outro componente originário da abertura do ser-aí, se concretiza por meio da linguagem. Linguagem e compreensão, como modos de ser fundamentais e inseparáveis do ser-no-mundo, são exigências indispensáveis para qualquer reflexão ontológica. Nesse contexto, em célebre frase, Gadamer diz que *"o ser que pode ser compreendido é linguagem."* [160] É oportuno destacar, juntamente com essa frase gadameriana, a seguinte afirmação de Heidegger: *"a linguagem é a casa do Ser. Em sua habitação mora o homem."*[161], tendo em vista que Heidegger, além de professor

[159] Gadamer declara: "Ser uma e a mesma coisa e, ao mesmo tempo, ser outra, esse paradoxo aplicável a todo conteúdo da tradição, demonstra que toda tradição é, na realidade, especulativa. Por isso, a hermenêutica precisa perceber e atravessar o dogmatismo de todo 'sentido em si', como fez a filosofia crítica em relação ao dogmatismo da experiência. Isso não quer dizer que todo intérprete seja especulativo para sua própria consciência, isto é, que possua consciência do dogmatismo implicado na sua própria intenção interpretadora. Ao contrário, trata-se de que toda interpretação é especulativa em sua própria realização efetiva e acima de sua autoconsciência metodológica. E isso é o que emerge do caráter de linguagem da interpretação. Pois a palavra interpretadora é a palavra do intérprete." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 610, tradução de Flávio Paulo Meurer)

[160] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 612, tradução de Flávio Paulo Meurer.

[161] HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo.* Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1995, página 25, tradução de Emmanuel Carneiro Leão.

de Gadamer, foi também o filósofo cujo pensamento se dirigiu especialmente para a ontologia. Com isso, é necessário esclarecer que no pensamento de Heidegger a linguagem não é o ser, mas o lugar onde se articula o ser. E é nesse sentido heideggeriano que é apropriadamente entendida a frase de Gadamer a respeito do ser, vale dizer, que a linguagem não é o ser, mas é onde se pensa, se pronuncia, se entende o ser.

2.6. A interpretação e a decisão judicial: transpondo noções da hermenêutica filosófica para a cotidianidade jurídica do juiz

Na sua específica atividade judicial, os juízes julgam seus casos invariavelmente a partir de seus preconceitos. A prática hermenêutica que ocorre ao proferir decisões judiciais é incessantemente acompanhada de um círculo hermenêutico, onde os juízes se movimentam compreensivamente do todo às partes e das partes ao todo. Os textos normativos e os casos concretos são analisados pelos juízes nesse vaivém do círculo hermenêutico. A pré-compreensão é intrínseca ao movimento do círculo hermenêutico, de modo que todo e qualquer processo judicial é sempre julgado a partir de certos prejulgamentos dos juízes. Por conseguinte, as interpretações legítimas dos juízes exigem pelo menos duas condições: (i) as intepretações devem ser realizadas a partir de preconceitos legítimos e (ii) as interpretações das partes devem ser coerentes com o todo e vice-versa. Em relação aos prejulgamentos jurídicos, pode-se afirmar em uma primeira e superficial aproximação, que são adequados aqueles que estão em conformidade com as normas jurídicas – postas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – e com as normas morais[162]. Essa afirmação é ainda muito vazia e genérica, não sendo tão

[162] O direito tem uma relação intrínseca com a moral, sendo tal vínculo inquestionável no mundo jurídico. O que se questiona e apresenta enormes divergências é a forma de relacionamento do direito com a moral, já que existem diversas correntes de pensamento sobre a questão, tais como aquelas relativas ao jusnaturalismo, ao positivismo, ao pragmatismo, ao pós-positivismo etc. Até mesmo entre os defensores do positivismo há grande discordância a respeito do tema, havendo subcorrentes do positivismo jurídico, tais como o positivismo inclusivo, exclusivo etc. Feita essa observação a respeito da conexão essencial que há entre direito e moral, cabe frisar que esta tese não investigará tal relação.

simples assim a identificação dos preconceitos legítimos. De fato, há diversos fenômenos tratados pela hermenêutica filosófica gadameriana que apontam para a dificuldade de ter uma consciência jurídica adequada, especialmente diante de casos difíceis. É que cada juiz tem uma situação hermenêutica singular, de maneira que tanto o juiz quanto o caso interpretado têm uma historicidade própria. Os juízes têm sempre uma distância temporal dos problemas de um dado caso concreto. Além da questão temporal, os juízes têm um lugar de julgamento que se situa entre as normas jurídicas universais e os casos concretos particulares, ou seja, a situação hermenêutica aponta também para a relação inevitável e problemática que há entre o geral e o individual. E tanto as normas jurídicas gerais quantos os casos particulares têm uma história efeitual. Para tornar mais claras as ideias gadamerianas, é importante trazer alguns exemplos jurídicos. O artigo 240 do Código Penal, instituído no ano de 1940 pelo Decreto-lei nº 2.848, que previa o crime de adultério, foi revogado somente no ano de 2005 pela Lei nº 11.106. Não é difícil perceber que, durante os mais de sessenta anos que vigorou o crime de adultério, deu-se a história efeitual do citado artigo 240 do Código Penal, bem como que os juízes que lidaram com a questão ao longo do tempo tinham diferentes distanciamentos históricos em relação ao crime de adultério. Consequentemente, os juízes tinham distintas situações hermenêuticas e, com isso, os preconceitos adequados dos juízes em relação ao assunto sofreram mutações ao longo da história. Outro exemplo, que é inclusive atual, diz respeito à noção de família. A Constituição Federal confere à família um notável amparo[163], estabelecendo diversos enunciados normativos relacionados ao conceito de família, uma vez que assegura ao preso comunicação e assistência da sua família[164], prevê direito de a família adquirir imóvel por usucapião[165], confere tratamento previdenciário

[163] O texto constitucional prescreve: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

[164] Constituição Federal: “Art. 5º. (...) LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

[165] Constituição Federal: “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” (...) “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.”

diferenciado às famílias de baixa renda[166], estabelece que um dos objetivos da assistência social é a proteção à família[167], garantindo assistência à família para que seja coibida a violência no seu âmbito[168] etc. O conceito de família é um exemplo patente de como é problemático o desvelamento de preconceitos legítimos, porque os juízes do presente podem ter prejulgamentos distintos dos juízes do passado, além do fato de que cada juiz tem sua própria historicidade e sua singular existência fática. A ideia de família se submete à história efeitual, de forma que, quanto maior o distanciamento temporal dos juízes, mais eles terão situações hermenêuticas distintas. Sobre a concepção de família, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal atual declarou que a união estável entre pessoas do mesmo sexo constitui uma entidade familiar[169]. Assim, a situação hermenêutica dos juízes que atualmente compõem o STF resultou em uma interpretação do conceito de família que abarca também as pessoas homossexuais que vivem em união estável. Não era essa a posição do STF do passado, composto por juízes de outras épocas, que viveram em outras conjunturas históricas. Ora, não é difícil supor que, em algumas décadas ou séculos, o conceito de família provavelmente será diferente do que é entendido atualmente. Com isso, o que se entende por preconceitos autênticos em relação ao assunto também pode se modificar, com repercussões nas interpretações em múltiplas questões, como, por exemplo, na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, que deverão respeitar os valores éticos e sociais da família[170].

---

[166] Constituição Federal: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (...) §12. Lei instituirá sistema especial de inclusão previdenciária, com alíquotas diferenciadas, para atender aos trabalhadores de baixa renda, inclusive os que se encontram em situação de informalidade, e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda.”

[167] Constituição Federal: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;”

[168] Constituição Federal: “Art. 226. (...) §8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

[169] A decisão do STF foi proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ.

[170] Constituição Federal: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) §3º Compete à lei federal: (...) II – estabelecer os meios legais que

Assim, se a noção de família se altera, consequentemente, os valores éticos e sociais da família também se alterarão, de modo que os juízes que julgarem um caso que envolva a aplicação do aludido dispositivo constitucional (artigo 221, §4º), para proferirem decisões judiciais apropriadas, deverão partir de preconceitos adequados, os quais, por sua vez, dependerão de uma consciência jurídica que compreenda a situação hermenêutica do caso concreto. De outro lado, em relação ao exemplo aqui discutido, cabe destacar que a identificação de preconceitos legítimos para os julgamentos de casos envolvendo o conceito de família não é importante apenas para fins de reconhecimento de direitos, mas também para a imposição de deveres, já que a família é uma entidade do mundo jurídico que tem diversas obrigações, como promover a educação[171], amparar as pessoas idosas[172], garantir às crianças e adolescentes prioridade no direito à vida, à saúde, ao lazer, à alimentação[173] etc.

A situação hermenêutica dos juízes aponta para as ideias gadamerianas de distanciamento temporal e da história efeitual. Estas, por seu turno, têm relação com os fenômenos da tradição e da autoridade. Em um certo sentido, a tradição é uma forma de autoridade, na medida em que ela forma os preconceitos do intérprete e a sua linguagem se impõe na práxis hermenêutica. A autoridade da tradição é constituída por decisões em que há razão e liberdade do intérprete, como ocorre quando alguém atribui autoridade a uma coisa – bíblia, por exemplo – ou a uma pessoa – Aristóteles, por exemplo. É por isso que a noção gadameriana de autoridade deriva de um reconhecimento racional e livre pelo intérprete e não de uma imposição

---

garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. (...) Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."

[171] Constituição Federal: "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

[172] Constituição Federal: "Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

[173] Constituição Federal: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

ao intérprete. Evidente que em um sentido amplo a tradição está sempre sendo imposta ao intérprete, já que o passado está continuamente influenciando o presente, mas o intérprete tem liberdade de escolher racionalmente qual específica tradição e, consequentemente, qual específica autoridade será por ele reconhecida em sua prática hermenêutica. Isso significa que o intérprete pode questionar a tradição e suspender seus prejulgamentos ilegítimos, isto é, o intérprete pode ter um diálogo hermenêutico com a tradição, de maneira que pode adotar ou rejeitar certos preconceitos. Por conseguinte, os juízes, embora nunca consigam eliminar seus prejulgamentos, devem buscar suspender suas preconcepções inadequadas, para assim julgar os casos concretos por meio de preconceitos apropriados. E como os prejulgamentos jurídicos dos juízes derivam de sua tradição jurídica, há necessidade de uma contínua ponderação sobre sua situação hermenêutica, em que devem ser considerados os diferentes horizontes históricos do juiz e do caso concreto. Com isso, como é impossível julgar um processo judicial sem alguma tradição jurídica, os juízes devem adotar uma específica tradição jurídica coerente com o caso concreto, produtora de prejulgamentos adequados. Entretanto, como a existência fática de cada juiz é permeada de uma constelação fenomênica mais ampla do que aquela atinente aos preconceitos, para um melhor entendimento do fenômeno da decisão judicial, é importante estabelecer um diálogo entre a concepção heideggeriana de facticidade e a noção gadameriana de preconceitos.

2.6.1. A ideia de existência fática de Heidegger e a ideia de preconceitos de Gadamer: uma análise mais abrangente a respeito dos prejulgamentos jurídicos do juiz

A concepção de facticidade de Heidegger representa algo mais amplo do que a noção de preconceitos pensada por Gadamer. Por mais que uma consciência hermenêutica seja adequadamente desenvolvida, ela nunca dá conta da integralidade dos prejulgamentos do intérprete, isto é, não há consciência que consiga perceber a totalidade de seus preconceitos. Logo, como a facticidade é um fenômeno mais abrangente que os preconceitos, é impossível que um intérprete tenha consciência de todo o universo fático e histórico relativo à sua facticidade. A facticidade é um fenômeno que não se objetiva completamente para o ser-aí, de forma que ela nunca

se revela em sua totalidade de maneira delimitada e clara para o intérprete, assim como os seus preconceitos. Tendo consciência ou não da sua facticidade e dos seus preconceitos, o intérprete inevitavelmente é orientado por eles em sua prática hermenêutica. No entanto, a facticidade não é apenas um fenômeno mais amplo do que os preconceitos, como também é mais originário. Realmente, os preconceitos do intérprete são formados a partir de sua facticidade, a qual se dá assim que ele é jogado no mundo, isto é, com o nascimento de alguém acontece o fenômeno da facticidade, o qual incessantemente ocorre até a sua morte. Portanto, a facticidade não tem relação apenas com a práxis hermenêutica, mas, sim, com a existência do ser-aí como um todo, sendo dela indissociável. A ideia dos preconceitos de Gadamer é pensada em conexão fundamental com a experiência hermenêutica do intérprete, de forma que há uma especial relação com o círculo hermenêutico pensado por Heidegger. Porém, o círculo hermenêutico heideggeriano é pensado no âmbito da analítica da existência do ser-aí, de maneira que ele tem um caráter indubitavelmente existencial. E como a existência do ser-aí pressupõe a facticidade, o círculo hermenêutico também pressupõe facticidade, vale dizer, a facticidade é condição de possibilidade de todo e qualquer círculo hermenêutico. É a facticidade do ser-aí que produz as estruturas prévias da interpretação e, consequentemente, os prejulgamentos do intérprete. Dizendo de outro modo: é a facticidade pensada por Heidegger que gera os preconceitos pensados por Gadamer.

Se a facticidade tem relação com uma ideia de “passado vivo”, de um passado que não passa propriamente, os preconceitos por ela criados também possuem esta característica, isto é, os intérpretes compreendem algo a partir de seus – pode-se dizer neste contexto – “preconceitos vivos”. E se é possível falar em preconceitos vivos, é possível também falar em “preconceitos mortos”, os quais seriam as preconcepções abandonadas pelo intérprete, deixadas de lado em sua prática hermenêutica. Todavia, não é possível falar em “facticidade morta”, porque esta, como unidade fenomênica, nunca pode ser suprimida, de maneira que a facticidade é necessariamente um fenômeno mais originário e abrangente do que os preconceitos. Se não é muito difícil visualizar o caráter derivado dos preconceitos do intérprete em relação à sua facticidade, o mesmo não se pode dizer do caráter mais abrangente desta em relação àqueles. Para tanto, é necessário aqui retomar o fenômeno da abertura do ser-aí, especificamente os elementos originários da disposição e da decadência. De fato, os outros componentes cooriginários da abertura do ser-aí –

compreensão e linguagem – são explicitamente assumidos por Gadamer, já que eles constituem o sustentáculo de sua hermenêutica filosófica. É que, como já devidamente analisado acima, a prática hermenêutica exige indispensavelmente compreensão e linguagem, sendo estes fenômenos inseparáveis e fundamentais no pensamento gadameriano. Todavia, a disposição e a decadência do ser-aí não são elementos focalizados na hermenêutica filosófica de Gadamer.

A decadência aponta em um certo sentido para o aspecto social do ser-aí, já que remete à sua relação com os outros, fundado no existencial ser-com, em que há o domínio do impessoal em um dado mundo fático circundante. Embora a decadência do ser-aí não seja analisada por Gadamer, pelo menos de modo explícito, há em *Verdade e método* algumas poucas passagens sobre a dimensão social do intérprete, como, por exemplo, a relativa à noção de mundo circundante[174]. Claro que a tradição também tem um traço social e não apenas relativo à história, à compreensão e à linguagem. Porém, não é este o enfoque principal que Gadamer dá ao fenômeno da tradição, de modo que o aspecto social da prática hermenêutica é menos enfocado do que os seus traços compreensivo e linguístico. O fenômeno da decadência do ser-aí é relegado por Gadamer, pelo menos de forma categórica, já que em sua hermenêutica não há considerações específicas sobre este elemento originário da abertura do ser-aí. O mesmo ocorre em relação ao fenômeno da disposição. Realmente, em *Verdade e método*, Gadamer simplesmente ignora a disposição como um dos elementos cooriginários da abertura do ser-aí, vale dizer, as tonalidades afetivas não despertam o interesse de Gadamer ao desenvolver sua hermenêutica, sobretudo no que diz respeito aos preconceitos do intérprete. Assim, causa certo espanto a omissão do fenômeno das tonalidades afetivas na hermenêutica filosófica de Gadamer, seja porque ele assume expressamente em seu pensamento a analítica do ser-aí de Heidegger, seja porque a disposição, como modo de ser originário e fundamental do ser-aí, tem evidente importância na forma como este ente tem suas experiências hermenêuticas. Gadamer, ao dizer que *"a forma da linguagem e o*

[174] Gadamer escreve: "Assim, o conceito de mundo circundante é a princípio um conceito social que busca expressar a dependência do indivíduo em relação ao mundo social, e que, portanto, só se refere ao homem. Mas, num sentido mais amplo, esse conceito do mundo circundante pode ser aplicado a todos os seres vivos para reunir num conjunto as condições de que depende sua existência." (*Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis. Editora Vozes. Bragança Paulista. Editora Universitária São Francisco, 2020, página 572, tradução de Flávio Paulo Meurer)

conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica" [175], deixa de assinalar que as tonalidades afetivas também são indissociáveis de qualquer experiência hermenêutica, isto é, como a disposição é um dos elementos originários da abertura do ser-aí, não é possível uma existência fática sem o influxo das tonalidades afetivas. E as tonalidades afetivas têm certamente importância para a experiência hermenêutica!

Uma vez que a facticidade do ser-aí é indissociável da disposição deste ente, os significados gerados historicamente na sua existência fática são sempre atrelados a determinadas tonalidades afetivas. Assim, a facticidade do ser-aí não cria apenas preconceitos para o intérprete, mas gera também tonalidades afetivas. E estas intensificam a atenção e marcam valores nos prejulgamentos dos juízes, variando o grau de atenção e de valor conforme o tema tratado no caso concreto. Daí não é difícil perceber que os preconceitos dos juízes são permeados de tonalidades afetivas e muitos têm uma elevada carga afetiva acerca de um dado assunto. Nesse contexto, revelam-se apropriadas as ideias de existência fática pretensamente neutra e de existência fática tendenciosa dos juízes, relativamente a determinadas questões tratadas nos casos concretos. Frisou-se anteriormente que Gadamer desenvolve sua hermenêutica filosófica levando em conta, sobretudo, a analítica heideggeriana do ser-aí, ente este que tem o caráter de abertura. Como a consciência hermenêutica é uma consciência que pertence com exclusividade ao ser-aí, ela se conecta com esse caráter de abertura, visto que uma consciência hermenêutica só é possível para o ente que tem a estrutura ontológica de ser-no-mundo. O mundo e a abertura do ser-aí, então, são condições de possibilidade para a práxis hermenêutica, sendo assim a disposição, a compreensão, a linguagem e a decadência fenômenos indissociáveis de qualquer experiência hermenêutica. Portanto, apesar de a ideia de preconceitos de Gadamer ser essencial para o entendimento do fenômeno hermenêutico, ela é insuficiente, já que não abarca as tonalidades afetivas do intérprete, bem como não trata de maneira categórica a decadência do ser-aí. A disposição do ser-aí é um fenômeno que serve para demonstrar uma maior amplitude do conceito de facticidade sobre a noção de preconceito. Ademais, as lições de Heidegger sobre a decadência

[175] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Petrópolis, Editora Vozes. Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020, página 569, tradução de Flávio Paulo Meurer.

do ser-aí, especialmente as suas ideias sobre os fenômenos do falatório, da curiosidade e da ambiguidade na existência fática cotidiana, possibilitam um melhor entendimento acerca de certas práticas hermenêuticas dos juízes. Dessa forma, para uma frutífera investigação do tema da decisão judicial, as lições da hermenêutica gadameriana devem ser associadas às lições heideggerianas a respeito do ser-aí. Deveras, se a noção de preconceitos de Gadamer tem a vantagem de possuir um conteúdo semântico mais claro e preciso, ela tem a desvantagem de não abarcar certos fenômenos que podem influenciar a práxis hermenêutica. O termo facticidade, embora não tenha sinônimos e não seja claro como o termo preconceito, que possui sinônimos como prejulgamento, preconcepção, pré-compreensão etc., aponta para uma pluralidade de fenômenos que possibilitam um melhor trato da decisão judicial, que sempre decorre de uma constelação fenomênica.

A situação hermenêutica de um juiz vincula-se necessariamente tanto à noção de existência fática de Heidegger quanto à concepção de preconceitos de Gadamer. Todo juiz se encontra diante do universal e do particular, na medida em que tem que aplicar normas jurídicas que são gerais aos casos concretos que são particulares. A ideia de preconceitos de Gadamer indica que os juízes lidam com a relação entre o particular e o universal sempre com um dado prejulgamento. Tal noção gadameriana deve ser complementada com a ideia sobre as tonalidades afetivas, tendo em vista que os juízes não estão em uma situação hermenêutica diante de um caso concreto apenas carregados de preconceitos, mas também carregados de tonalidades afetivas, ou seja, os julgamentos dos juízes não decorrem apenas dos seus prejulgamentos, mas também da influência das tonalidades afetivas nos seus prejulgamentos. O julgamento de um caso concreto não diz respeito apenas a uma concatenação entre a generalidade das normas – e da tradição – e a especificidade do caso, mas também à particularidade do juiz, já que este tem uma existência fática singular, cujas tonalidades afetivas contribuem para modular a sua específica situação hermenêutica. Consequentemente, há o particular (juiz) julgando outro particular (caso concreto) em conexão com o geral (normas e tradição). Todas as preconcepções dos juízes decorrem sempre de uma dada tradição jurídica. Consequentemente, as decisões judiciais proferidas também derivam de alguma tradição jurídica dos juízes, as quais, com o passar do tempo, acabam também se tornando tradição.

É fácil perceber a relevância da ideia de facticidade, na medida em que ela se articula com as tonalidades afetivas e estas contribuem para a singularização da

existência do ser-aí. As tonalidades afetivas possibilitam crises existenciais do ser-aí, as quais podem, por sua vez, modular os preconceitos do intérprete. Na visão gadameriana, o intérprete questiona os seus prejulgamentos quando ele tem a experiência negativa do choque, em que há um mal entendimento ou não entendimento do ente interpretado. Gadamer enxerga essa experiência negativa em uma perspectiva estritamente hermenêutica, a qual concerne, portanto, aos fenômenos da compreensão e da linguagem. Para Heidegger, a disposição do ser-aí é um modo de ser fundamental que possibilita uma abertura privilegiada para o mundo, de forma que as crises existenciais são crises dispositivas, isto é, são crises oriundas de alguma tonalidade afetiva, como angústia, tédio profundo etc. E quando há crise existencial, há a possibilidade de alteração dos projetos de sentido. Nestas situações há uma espécie de ressignificação do passado, isto é, uma forma de rearticulação dos significados gerados na facticidade do ser-aí. Consequentemente, os preconceitos do intérprete, que são gerados em sua facticidade, podem ser colocados em jogo independentemente de experiências hermenêuticas negativas sobre algo, como pensado por Gadamer por meio da ideia do choque, já que os questionamentos dos prejulgamentos nesta específica situação decorreriam de uma crise existencial. Também por este motivo as tonalidades afetivas têm grande importância para a hermenêutica, na medida em que elas, por si só, têm a aptidão de gerar questionamentos nos preconceitos do intérprete quando acontecem crises existenciais. Como os preconceitos gadamerianos são distinguidos entre legítimos (autênticos, corretos, adequados, produtivos etc.) e ilegítimos (inautênticos, incorretos, inadequados, improdutivos etc.), as crises existenciais podem também mudar estes prejulgamentos. Aliás, é interessante notar que, diante de uma crise existencial oriunda de uma tonalidade afetiva, um intérprete pode ter tanto alguns preconceitos legítimos alterados para preconceitos ilegítimos quanto preconceitos ilegítimos modificados para preconceitos legítimos. De fato, crises existenciais podem gerar mudanças na visão de mundo e no conjunto de crenças do intérprete, como, por exemplo, deixar de ser ateu para ser religioso ou vice-versa. O ponto é que, na hermenêutica filosófica de Gadamer, as possibilidades de questionamento, suspensão ou alteração dos preconceitos do intérprete são mais limitadas do que as possibilidades derivadas da analítica da existência do ser-aí, precisamente porque esta trata também do fenômeno das tonalidades afetivas, as quais possibilitam crises existenciais que, em certos casos, podem produzir alterações na visão de mundo e

no conjunto de crenças de alguém e, consequentemente, podem colocar em jogo seus preconceitos para além de uma experiência hermenêutica negativa.

Para que os juízes profiram decisões corretas, é importante entrar no círculo hermenêutico com preconcepções autênticas ou que, na lida com um dado caso, os prejulgamentos inautênticos sejam afastados a partir de uma adequada consciência hermenêutica. Se as tradições jurídicas dos juízes têm autoridade sobre eles no que concerne à apreciação dos casos judiciais, é importante realçar que a específica tradição jurídica de cada juiz decorre de sua singular facticidade. Nesse sentido, todo juiz tem a sua facticidade como uma espécie de autoridade que determina seus julgamentos, pois ela é uma limitadora de possibilidades de qualquer ser-no-mundo. Os juízes, antes de se submeterem aos textos normativos, se sujeitam aos sentidos do seu mundo circundante, consolidados em sua existência fática cotidiana. Daí porque especulou-se no primeiro capítulo sobre a ideia de uma normatividade existencial. Claro que a ideia de norma encontra sua adequada morada no campo jurídico ou no campo moral. Assim, não se questiona que os juízes se submetem a uma normatividade jurídica – e moral –, mas procura-se demonstrar nesta tese que há uma espécie de normatividade existencial dos juízes, que seria mais originária do que as outras e que muitas vezes prevalece sobre as normas do direito e da moral. É evidente que, com a expressão normatividade existencial, pode-se estar indo contra os limites semânticos da noção de normatividade – normas, regras –, talvez de modo inaceitável. Contudo, o que importa é passar a ideia de que há sentidos na existência fática de cada ser humano que se tornam autênticas regras, não jurídicas ou morais, evidentemente, mas *normas existenciais*, de maneira que não é raro que certas pessoas tenham projetos de sentidos existenciais acima de qualquer normatividade jurídica ou moral. Claro que não nos referimos aqui àquelas pessoas que, notoriamente, não têm consciência das normas jurídicas ou morais, como, por exemplo, os loucos e as crianças pequenas, uma vez que nenhuma dessas pode assumir o cargo de juiz. O que insta frisar aqui é precisamente que há pessoas, e algumas delas ocupam o cargo de juiz, que, apesar de terem consciência das normas jurídicas e morais, as ignoram descaradamente, de maneira que estes tipos de juízes produzem decisões ilegítimas, arbitrárias, em flagrante incompatibilidade com o sistema do direito. O ponto é que todo juiz, como todo ser-aí, não se relaciona apenas com os outros ou com os entes do mundo, mas também tem um tipo de relacionamento consigo mesmo. Aí nestas situações é que a ideia de uma

normatividade da existência ganha força, notadamente quando este tipo de juiz se depara com – agora no sentido heideggeriano – sua radical temporalidade, a insuperável finitude de todo e qualquer comportamento no mundo. E ainda com base na ideia heideggeriana de crises derivadas de tonalidades afetivas fundamentais, as quais possibilitam crises existenciais, é pertinente realçar que os juízes singularizados podem representar, eventualmente, grandes riscos decisórios, pois a adoção de uma existência de forma própria – existência autêntica – possibilita a produção de decisões judiciais em desrespeito às normas jurídicas e morais. E, para lidar com tais situações, são necessárias algumas medidas, as quais, no limite, não conseguirão superar ou coibir totalmente os excessos e arbitrariedades dos juízes singularizados que tomaram um caminho incompatível com as normas jurídicas e morais. E não importa aqui as boas ou as más intenções dos juízes nestas situações, já que mesmo com intenções nobres os juízes podem praticar arbitrariedades que violam normas do direito e da moral. Para evitar ou tentar amenizar situações desse tipo no âmbito do Poder Judiciário, são necessários diálogos jurídicos, entre outras medidas. É por diferentes formas de diálogos jurídicos, internos e externos, que se torna possível atenuar ou eliminar certas arbitrariedades do Poder Judiciário.

2.6.2. O diálogo jurídico e a decisão judicial

A linguagem para Gadamer se concretiza pelo diálogo. Todo ser-aí realiza diálogos em sua existência fática. Assim, não é diferente no mundo do direito, em que a linguagem jurídica se concretiza por meio de constantes conversações jurídicas. Uma vez que os diálogos do ser-aí não se esgotam, pois há sempre a possibilidade de retomada, de continuação, os diálogos jurídicos também têm esse caráter de perenidade, isto é, as conversações jurídicas podem ser continuamente reiniciadas, sempre renovadas. O diálogo jurídico tem um sentido amplo que abarca a noção de argumentação. Logo, se uma conversação tem um caráter de abertura que permite sua constante retomada, as argumentações jurídicas, como fenômenos dos diálogos jurídicos, podem ocorrer também continuamente. Mas há uma exceção no sistema do direito, que decorre especificamente do fenômeno da decisão judicial. Quando o

diálogo jurídico se dá mediante um processo judicial, o fenômeno da decisão judicial romperá com esse traço de continuidade, de perenidade da conversa, porque nesta específica situação o sistema do direito extingue a possibilidade de novos argumentos jurídicos, já que a conversação hermenêutica se encerra. Nesse contexto, o direito estabelece de forma autoritária o término dos diálogos jurídicos, quando nele surge uma decisão judicial. Institutos jurídicos criados como a coisa julgada, o trânsito em julgado, a preclusão, a prescrição, a decadência etc., são fenômenos que remetem ao encerramento de determinados diálogos jurídicos, produzindo, assim, interpretações definitivas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, é possível dizer que, ao serem proferidas decisões judiciais, certos diálogos jurídicos "transitam em julgado". E precisamente por isso há uma exigência de empenho interpretativo do Poder Judiciário, na medida em que, sendo correta ou não, a decisão judicial proferida será eternizada[176], de modo que não haverá possibilidade de retomada de conversão hermenêutica, relativamente ao específico caso julgado.

Importa fazer aqui uma distinção entre diálogos internos e diálogos externos, relativamente ao fenômeno da decisão judicial, na medida em que um processo judicial pode ter os dois tipos de conversas jurídicas. É precisamente o diálogo interno que "transitaria em julgado", já que não poderia ser retomado. Diálogo interno, portanto, é a conversa hermenêutica realizada dentro de um processo judicial entre as partes e o Poder Judiciário que, obrigatoriamente, terá um fim. Isso porque os juízes são obrigados a decidir, em razão do princípio da proibição da denegação de justiça, que será analisado em tópico próprio no último capítulo deste trabalho. Por seu turno, diálogo externo é a conversa hermenêutica realizada fora de um processo judicial, que inclusive pode dele partir, tal como ocorre, por exemplo, ao se comentar uma dada decisão judicial, o que é comum quando se trata de um tema relevante decidido pelo Poder Judiciário. Embora seja o diálogo interno que produza a decisão judicial, o diálogo externo tem um papel relevante para o sistema do direito, na medida em que possibilita diferentes interpretações a respeito de um assunto, de maneira que tais horizontes hermenêuticos possam orientar futuras decisões judiciais. Realmente, o diálogo externo que prossegue acerca de um caso já julgado tem uma distância

[176] Deve ser desconsiderado, evidentemente, as situações excepcionais que permitem a discussão da coisa julgada por meio de ações como a ação rescisória ou a revisão criminal, na medida em que tais tipos de ações indicam apenas que o diálogo interno sobre o caso persistirá por mais um determinado tempo, mas que obrigatoriamente também terá um fim em algum momento.

temporal que permite uma melhor visão da história efeitual da decisão judicial, bem como possibilita uma conversação hermenêutica com mais e diferentes intérpretes em relação àqueles que participaram do diálogo interno do processo judicial. E estes novos intérpretes estarão em uma situação hermenêutica privilegiada, precisamente porque têm uma consciência da história efeitual da decisão judicial a respeito do caso decidido, ou seja, os diversos intérpretes que continuam a realizar o diálogo externo acerca de um tema tratado em um processo judicial efetuam diferentes fusões de horizontes, em virtude de possuírem situações hermenêuticas díspares, o que têm como consequência uma melhor possibilidade de compreensão do fenômeno discutido, podendo, assim, gerar melhores interpretações.

É preciso destacar o caráter ambíguo e paradoxal da conversação hermenêutica feita em um processo judicial, pois uma decisão judicial tem um lado que abre o diálogo e outro lado que encerra o diálogo. As fundamentações das decisões judiciais retratam um aspecto essencial do diálogo ocorrido no processo, explicitando as justificativas dos julgamentos do Poder Judiciário. Por meio da fundamentação, o juiz apresenta as razões para as partes – e até para a própria sociedade em geral, a depender do caso e de quem julga, como um tribunal constitucional, por exemplo –, possibilitando uma contínua discussão sobre elas, mas não, evidentemente, no âmbito do mesmo processo judicial, na medida em que a parte dispositiva da decisão judicial remete ao encerramento do diálogo hermenêutico. Com o trânsito em julgado da decisão judicial não há possibilidade de retomada do diálogo no específico processo que já foi julgado. A consequência disso é que a decisão judicial definitiva sempre finaliza uma conversação jurídica e a encerra de forma incompleta, em virtude da própria natureza infinita dos diálogos hermenêuticos. Com isso, a decisão judicial que põe fim a um processo terminando um dado diálogo jurídico é, do ponto de vista hermenêutico, marcada por uma incompletude, já que não consegue satisfazer e atender todos as perspectivas hermenêuticas possíveis. Nos casos fáceis, isso não é problema, porque não há controvérsias complicadas em jogo no julgamento pelo Poder Judiciário. Porém, nos casos difíceis esse traço de definibilidade do direito em situações em que a divergência é grande e a questão discutida é complexa, terminar o diálogo por meio de decisão judicial tem um lado indubitavelmente problemático, não obstante ser necessário em razão da vedação do

non liquet[177]. Assim, apesar de problemático, é preciso encerar o diálogo jurídico nos casos controvertidos, já que as discussões jurídicas não podem durar eternamente e os juízes se submetem ao princípio da vedação da denegação de justiça.

Se em uma conversa os interlocutores são muito mais levados do que levam a conversa, no diálogo jurídico realizado em um processo judicial há parâmetros normativos que de fato conferem, em certas circunstâncias, primazia aos participantes do diálogo. Assim, a primazia se relativiza, não sendo mais apenas do jogo da conversa, mais também do jogador em certos contextos, já que em um processo judicial o diálogo ocorrido entre as partes e o juiz tem necessariamente uma finalidade determinada, tem interesses a serem defendidos, tem inevitavelmente regras a serem cumpridas, tem prazos a serem respeitados etc. Portanto, no diálogo jurídico ocorrido especificamente em um processo judicial, em algumas situações, quem tem mais força são os próprios jogadores, pois cada um tem uma específica função, a qual é constantemente vigiada pelos outros nessa relação comunicacional. Neste tipo de diálogo, não existe a possibilidade da não resposta pelo juiz, que está obrigado a proferir uma decisão judicial, já que uma das regras fundamentais do sistema do direito que norteiam a atuação do Poder Judiciário é a vedação do *non liquet*. Com isso, como há uma obrigatoriedade de decisão judicial pelos juízes, há como consequência inevitável uma obrigatoriedade de encerramento do diálogo jurídico de um processo judicial. Se é assim, as partes não conseguem fugir do diálogo jurídico desenvolvido em uma disputa judicial, uma vez que a ausência de respostas é uma forma de comunicação, com consequências fatais para a decisão judicial. O réu em um processo judicial pode ser revel, pode sempre deixar de oferecer uma resposta explícita, mas este comportamento omissivo no específico âmbito do diálogo produzido em um processo judicial é sempre considerado uma forma de resposta pelos outros participantes da conversa hermenêutica, de modo que tais inércias são consideradas tipos de comunicações que repercutem obrigatoriamente nas intepretações dos juízes e em suas decisões judiciais. Estas são formas de comunicações obrigatórias dessas conversas jurídicas ocorridas em um processo

[177] *Non liquet*, que em latim pode ser traduzido como “não está claro”, é uma expressão oriunda do Direito Romano, o qual permitia que os juízes deixassem de julgar certos casos, quando o direito discutido não era visível, isto é, não era claro.

judicial, que levam em conta as comunicações expressas ou implícitas dos outros participantes do diálogo.

Uma conversação hermenêutica, segundo Gadamer, nunca se dá apenas pela vontade dos interlocutores, tendo em vista que o próprio jogo do diálogo conduz os jogadores, isto é, os interlocutores são mais guiados do que guiam a conversa. Contudo, no diálogo jurídico interno desenvolvido em um processo judicial, a conversação válida – a palavra válida é aqui usada por ser mais adequada ao mundo do direito – somente ocorre se as partes tiverem o direito de influenciar o diálogo, tiverem o poder de conduzir o jogo ao seu fim a partir das regras do próprio jogo. E aqui se trata da aplicação, entre outras normas, dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Claro que no diálogo jurídico há momentos em que os envolvidos não dirigem a conversa, mas é esta que orienta os interlocutores. Porém, a primazia no diálogo jurídico interno realizado em um processo judicial não é exclusiva do próprio jogo conversacional, já que em algumas circunstâncias são os interlocutores que têm preponderância. E um dos motivos é porque esses diálogos jurídicos comumente buscam ter um vencedor, o qual será assim considerado por meio da decisão judicial final, vale dizer, tal situação é própria do tipo de jogo atinente aos julgamentos do Poder Judiciário. E como o diálogo jurídico de um processo judicial busca usualmente ter um vencedor, há interesses nas argumentações das partes, de modo que a consciência jurídica de um juiz deve se orientar, sobretudo, pela ideia de imparcialidade. E para que a imparcialidade seja efetivamente respeitada nos casos concretos, é preciso também que a consciência jurídica do juiz tenha consciência de seus preconceitos que derivam de sua singular existência fática.

Toda conversação hermenêutica presume uma situação hermenêutica. Esta não é a mesma quando se trata da interpretação entre dois intérpretes e quando se trata da interpretação entre um ser-aí e um texto ou outro ente intramundano qualquer. Neste último caso, o diálogo é possível em virtude de os entes intramundanos terem o caráter de linguagem. Todavia, o ente interpretado só fala a partir do intérprete. No específico caso de uma decisão judicial, ela é gerada após uma conversação hermenêutica realizada em um processo. Este, por sua vez, implica diferentes situações hermenêuticas pelos intérpretes e, especialmente, pelo juiz que irá julgar. A situação hermenêutica do juiz implica não apenas compreensão dos interlocutores, mas também dos textos normativos e das circunstâncias fáticas do caso. Pode haver

uma certa tensão no sistema do direito entre o caráter infindável do diálogo hermenêutico jurídico em geral e o caráter findável do diálogo jurídico especificamente realizado em um processo judicial. Se os diálogos têm uma espécie de vocação natural para uma incessante abertura de sentido, já que podem ser sempre retomados, o sistema jurídico lida também com diálogos que vão contra essa espécie de tendência natural.

Um problema inerente ao diálogo jurídico diz respeito à questão do distanciamento temporal. O pensamento gadameriano é categórico acerca do caráter positivo da distância temporal do intérprete em relação ao ente interpretado, na medida em que, para Gadamer, a distância histórica do juiz em relação ao caso não impede, mas possibilita uma adequada interpretação. Se para a conversação jurídica realizada no âmbito da ciência do direito não há uma cobrança coercitiva por respostas a questões complexas e polêmicas, o mesmo já não ocorre no diálogo jurídico praticado em um processo judicial. Deveras, não importa a complexidade da questão, os juízes têm o dever de decidir, em razão da proibição da denegação de justiça. A consequência é a dificuldade de produzir decisões corretas para os casos controvertidos em que ainda não há intervalos históricos apropriados. Os juízes nestes casos assumem o risco de julgar sem ter distanciamentos temporais – e tradições jurídicas – que os ajudariam a ter compreensões mais adequadas. Isso significa que as decisões produzidas nestes casos são comumente sujeitas à crítica, à revisão e ao aperfeiçoamento. É com um distanciamento temporal e os efeitos da história que a comunidade jurídica poderá adquirir uma ajustada consciência hermenêutica sobre um dado tema julgado pelo Poder Judiciário, tornando mais propício constatar os efeitos da decisão judicial para as partes e para a sociedade. Sem intervalo histórico, os julgamentos dos casos controversos envolvendo questões novas podem apresentar alto grau especulativo e grandes possibilidades de equívocos. A vedação da denegação de justiça, embora seja uma regra importante, se traduz nestas situações em um fardo exclusivo do Poder Judiciário, porque este é o único Poder que tem a obrigação jurídica de decidir sempre, ainda que não existam condições hermenêuticas adequadas para tanto. Por conseguinte, o caráter de definitividade do diálogo jurídico realizado em um processo judicial se torna ainda mais problemático, não apenas em virtude da abertura incessante de sentido intrínseca à conversação hermenêutica, mas sobretudo porque em muitos casos não há um razoável

distanciamento histórico que possibilite o julgamento sobre bases hermenêuticas mais adequadas.

Os tribunais, quando atuam como órgão revisor das decisões judiciais e não como instância originária, têm uma melhor possibilidade compreensiva do caso, seja porque já houve um diálogo hermenêutico anterior, seja em razão da história efeitual do caso concreto. Assim, os tribunais iniciam a conversação hermenêutica de um caso em um certo momento em que muito já foi dito, de maneira que essa posição dos tribunais oferece condições para uma melhor interpretação do que está sendo discutido. Os tribunais, em sua função revisora, como não são responsáveis pelo início do diálogo jurídico, têm um maior distanciamento não apenas temporal, em que se dá a história efeitual, mas também afetivo dos problemas envolvidos, sobretudo se forem de grande repercussão social. Esta distância temporal do tribunal demonstra também como o tema da tonalidade afetiva tem importância para os diálogos hermenêuticos. É que em casos polêmicos e de elevada repercussão a proximidade temporal contribui para a geração de certas tonalidades afetivas mais intensas, as quais tendem a ser atenuadas com o decorrer do tempo. Assim, tanto da perspectiva hermenêutica quanto do ponto de vista afetivo, os juízes dos tribunais têm melhores condições hermenêuticas de julgar um caso concreto, em virtude do distanciamento temporal, da história efeitual e dos diálogos jurídicos já realizados no curso do processo.

Outro problema comum nos diálogos jurídicos do Poder Judiciário é que não há muitas vezes uma autêntica conversação hermenêutica, de modo que os juízes não levam a sério diferentes pontos de vistas jurídicos, quando eles já têm o pensamento formado a respeito de um assunto ou de uma das partes, sobretudo quando há uma elevada carga afetiva envolvida ou o julgamento deriva de uma existência fática tendenciosa em relação ao caso. Nestas situações ocorreriam pseudodiálogos, já que diferentes perspectivas e racionalidades jurídicas citadas em uma decisão judicial não são realmente levadas a sério, não sendo confrontados adequadamente os argumentos em jogo. É comum o Poder Judiciário citar juristas notáveis, nacionais ou estrangeiros, sem justificar adequadamente a racionalidade jurídica que embasa as teorias desses ilustres juristas. Nestas situações, não há propriamente um diálogo, mas um tipo de monólogo jurídico, baseado na exclusiva autoridade dos juízes, na medida em que as argumentações dos juristas citados não são efetivamente enfrentadas, ou seja, elas são utilizadas de forma inapropriada apenas para ratificar a convicção dos juízes. As decisões judiciais proferidas nesse

contexto não são baseadas nas melhores argumentações jurídicas, mas naquelas que são coerentes com a visão do juiz, especialmente se os fenômenos das tonalidades afetivas e da existência fática tendenciosa têm influência no caso concreto. Assim, é comum os fundamentos de uma decisão judicial serem embasados mais na própria autoridade do Poder Judiciário do que na adequação e coerência racional da decisão em si. Não obstante a fundamentação da decisão judicial remeter ao diálogo jurídico de um processo, ela será examinada em tópico próprio no último capítulo, seja porque se trata de questão essencial para o tema deste trabalho, seja porque demanda considerações particulares que transcendem o aspecto conversacional aqui tratado.

2.6.3. Os métodos de interpretação e a decisão judicial

No mundo do direito é absolutamente comum encontrar teorias sobre métodos de interpretação. Especialmente no âmbito da ciência do direito o fenômeno da interpretação é usualmente metodizado, havendo teorias sobre procedimentos de interpretação que procuram possibilitar aos operadores do direito, sobretudo os juízes, encontrar as respostas corretas ou mais adequadas ao caso concreto. Há diferentes métodos interpretativos, tais como a interpretação literal, a interpretação histórica, a interpretação teleológica, a interpretação sistêmica etc. Alguns juristas entendem que no âmbito jurídico as teorias da interpretação devem ser normativas, para assim servir como balizas para as práticas hermenêuticas em relação aos casos concretos. Evidentemente, há divergências nos critérios de normatização. Por exemplo, para Dworkin uma teoria da interpretação normativa deve necessariamente se basear em padrões morais. Porém, para outros juristas é possível se basear em critérios puramente jurídicos.

A hermenêutica filosófica de Gadamer demonstra a impossibilidade de método para o descobrimento da verdade em certas experiências humanas, como aquelas relativas às experiências da arte e da religião. Daí porque a noção de hermenêutica jurídica, no sentido gadameriano, é incompatível com o conceito de método, já que este aponta para uma ideia de procedimento que garanta a consecução de resultados. Método é uma forma de técnica organizada e repetível que assegura a obtenção de certas soluções, de resultados previsíveis. Nesse contexto, pensar uma teoria da

interpretação jurídica normativa ou qualquer outra forma de interpretação como método é pensar uma concepção de interpretação derivada da interpretação originária pensada por Heidegger e assumida por Gadamer. Isso significa que na base de qualquer método interpretativo e teoria da interpretação que se pretende normativa está a ideia de interpretação como modo de ser de todo ser-aí. Destarte, é possível pensar em métodos interpretativos, mas é preciso reconhecer o caráter derivado desse tipo de interpretação[178] e que, especificamente no mundo jurídico, tais métodos não garantem a obtenção de resultados unívocos. O problema é que pensar uma teoria da interpretação normativa só é adequada se ela for realmente normatizada, isto é, se forem criados enunciados normativos acerca da interpretação pelos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Assim, é comum no sistema do direito regras de

[178] O jurista alemão Karl Larenz defende uma metodologia jurídica, mas entende que esta tem sempre como fundamento a hermenêutica: "Se na metodologia jurídica se trata dos modos específicos de compreender referências de sentido jurídico, a hermenêutica geral, no sentido apontado, constitui por sua vez a base da própria metodologia jurídica." (...) Adiante, com base em Gadamer, Karl Larenz diz: "Não só para o trabalho jurídico quotidiano como para todos os trabalhos jurídicos importantes, é ajustada a observação de GADAMER de que 'é decerto indispensável à ciência a higiene metódica, mas a mera aplicação de métodos habituais constitui em muito menor grau a essência de toda a pesquisa do que a descoberta de métodos novos – e, por detrás disto, a fantasia criadora do investigador'. Certamente que também a conclusão oposta seria falsa, ou seja: uma vez que as indicações metodológicas não são regras aplicáveis sempre da mesma maneira, como que de um modo mecânico, são supérfluas, são meras 'fórmulas vazias'. Isto significaria uma vez mais renunciar à *medida possível* de racionalidade e abandonar tudo à mera arbitrariedade da opinião subjectiva." (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, páginas 342, 344 e 345, tradução de José Lamego).

interpretação previstas em lei[179] ou nas jurisprudências dos tribunais[180]. A interpretação normativa exige efetiva introdução de textos normativos pelas entidades que têm o poder de normatizar, como os órgãos legislativos e judiciais. De fato, como as decisões legislativas ou judiciais são de cumprimento obrigatório, as regras de interpretação previstas por textos normativos oriundos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm o sentido apropriado de normas. Porém, não terão o caráter de norma se elas forem criadas pela ciência do direito. Aí elas não terão força vinculativa, de maneira que a existência fática de cada juiz possibilitará diferentes interpretações em casos difíceis. Esta pluralidade de interpretações possíveis em

[179] Há diversos enunciados normativos legais a respeito do fenômeno da interpretação. Confira-se alguns: O Código de Processo Penal estabelece: "Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (...) Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silencia, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." O Código Civil estabelece: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III – corresponder à boa-fé; IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. §2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. (...) Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. (...) Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. (...) Art. 1.899. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador." O Código Tributário Nacional estabelece: "CAPÍTULO IV – Interpretação e Integração da Legislação Tributária. Art. 107. A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo. Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia; II – os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade. §1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. §2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido. (...) Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I – à capitulação legal do fato; II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoridade, imputabilidade, ou punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação."

[180] Por exemplo, a jurisprudência consolidou algumas tradicionais regras de interpretação no mundo do direito, tais como a de que a lei posterior prevalece sobre lei anterior, lei superior prevalece sobre lei inferior, lei especial prevalece sobre lei geral etc. A jurisprudência e a ciência do direito também estabelecem parâmetros interpretativos, tais como alguns princípios de interpretação constitucional: (i) princípio da supremacia da Constituição, (ii) princípio da presunção de constitucionalidade das leis, (iii) princípio da interpretação conforme a Constituição, (iv) princípio da unidade da Constituição e (v) princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade.

casos controvertidos não será eliminada por teorias de interpretação normativa criadas por juristas, como Dworkin, mas apenas quando forem realmente normativas, no sentido restrito do termo, isto é, quando forem introduzidas por autoridades que têm o poder de normatizar. E os juristas, por mais renomados e influentes que sejam, não têm o poder de produzir enunciados normativos sobre a interpretação, de modo que sempre há possibilidade de discordância em relação às regras de interpretação criadas no âmbito da ciência do direito. O mesmo já não ocorre em relação à normatização prevista em textos normativos, pois neste caso há necessidade de obediência. O ponto é que teorias da interpretação normativa não são deontológicas, não têm força vinculante, configurando-se como paradigmas.

Não é possível desenvolver uma teoria da decisão judicial sem analisar o fenômeno da interpretação. Esta é comumente vinculada no mundo do direito às ideias de método, técnica, ferramenta etc. Por mais que sejam desenvolvidos trabalhos sobre métodos interpretativos, não há um método que prevaleça sobre os demais e que, portanto, seja o único caminho a ser seguido. Realmente, quando se trata de casos controvertidos, não há um método que conduza à única resposta correta, à uma decisão inquestionável, à uma certeza, à uma verdade demonstrável. Ademais, além de uma certa indulgência de qualquer método de interpretação, é relevante destacar que os juízes não estão obrigados a seguir nenhum método em particular. Aliás, é muito comum os juízes decidirem diversos casos sem ficarem racionalizando sobre o problema do método interpretativo, isto é, os juízes usualmente lidam com os processos judiciais de forma prática, sem estarem subordinados, teórica e normativamente, a um específico método de interpretação. A subordinação dos juízes se dá quando há regras de interpretação determinadas na legislação e na jurisprudência. Logo, como nenhum método de interpretação pode ser considerado como definitivo, que infalivelmente produzirá as corretas ou as melhores decisões judiciais, é preciso entender a interpretação de uma maneira neutra ao conectá-la a uma teoria da decisão judicial. De fato, como não há método de interpretação infalível e como os juízes não são obrigados a seguir nenhum específico método de interpretação, para vincular de forma correta o fenômeno da decisão judicial ao fenômeno da interpretação, este último deve ser entendido como um modo de ser fundamental do ser-aí. Esta interpretação, derivada da analítica existencial de Heidegger e aceita por Gadamer, é a única interpretação que apresenta uma universalidade e que, por isso, pode ser adotada em uma teoria da decisão judicial,

precisamente por não ser metodizada. De fato, a presente teoria da decisão judicial aponta para o descobrimento de traços universais deste fenômeno, como, por exemplo, a linguagem. Assim, somente a interpretação como modo de ser fundamental representa uma característica universal que pode ser adequadamente concatenada a uma teoria da decisão judicial, na medida em que, ao se pensar em métodos interpretativos, que são modos derivados da interpretação originária, o pressuposto da universalidade deixa de existir. Assim, a interpretação que guia qualquer decisão judicial é a interpretação que deriva da existência fática do ser-aí. Com isso, não se quer dizer que os métodos de interpretação não são importantes, pois é indubitável a sua relevância no mundo jurídico, não só no âmbito da ciência do direito, mas também na prática dos juízes, especialmente para a fundamentação de uma decisão judicial. Porém, precisamente porque nenhum método de interpretação é universal, isto é, não há um mesmo método de interpretação que seja adotado em todos os casos por todos os juízes, uma teoria da decisão judicial precisa ser vinculada à concepção de interpretação como um traço universal de todo e qualquer intérprete.

É preciso salientar que a interpretação dos juízes ao apreciar um processo judicial é diferente da interpretação de todas as outras pessoas, na medida em que o Poder Judiciário se subordina exclusivamente a algumas regras. É oportuno destacar, entre outros, dois princípios essenciais que orientam a prática jurídica dos juízes: (i) princípio da proibição da denegação de justiça e (ii) princípio da obrigação de fundamentação das decisões judiciais. Estes princípios, em virtude da sua fundamental importância para o Poder Judiciário e para o fenômeno da decisão judicial, serão examinados detalhadamente em tópicos específicos no último capítulo. Por ora é preciso apenas concatenar de forma breve tais princípios com a práxis interpretativa dos juízes. O princípio da vedação da denegação de justiça significa que o Poder Judiciário tem sempre o dever de decidir, de maneira que, mesmo diante de casos controvertidos, os juízes estão obrigados a julgar. Um dos efeitos desse dever é que muitas decisões judiciais são proferidas sem a devida consciência hermenêutica, a partir de preconceitos ilegítimos. Logo, podem ocorrer julgamentos pelo Poder Judiciário realizados por interpretações equivocadas acerca dos fatos e normas aplicáveis ao caso, porquanto, para o sistema do direito não só importa julgar adequadamente os casos, mas também julgar sempre os casos. O princípio da proibição da denegação de justiça obriga os juízes a interpretar e decidir todos os casos que lhe são submetidos, mas não a julgar seguindo determinados métodos

interpretativos. O sistema jurídico gera, a depender do caso, uma liberdade de interpretação para o Poder Judiciário, porque os juízes têm poder discricionário para julgar os processos complexos, como será demonstrado no próximo capítulo. Neste momento é relevante destacar que diante de casos difíceis os juízes têm maior liberdade interpretativa. Deveras, nos processos complexos não há um método de intepretação que possibilite a simples aplicação de uma norma ao caso concreto, tendo em vista que as normas podem ser vagas, ambíguas ou conflitantes, bem como pode haver lacunas normativas específicas a respeito do caso concreto. No que se refere à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, fica evidente que a interpretação dos juízes é especial, na medida em que é sempre uma interpretação justificada, que deve ser exteriorizada em uma linguagem clara e precisa. Os órgãos do Poder Judiciário interpretam fundamentando as suas decisões, de maneira que as práxis hermenêuticas dos juízes, além de obrigatórias, uma vez que eles têm o dever de julgar, são necessariamente justificadas, sendo as decisões judiciais sempre vertidas em linguagem escrita. Por conseguinte, os princípios da vedação da denegação de justiça e da obrigação de fundamentação das decisões judiciais, no que concerne à questão hermenêutica, obrigam os juízes, de um lado, a sempre interpretar os casos que lhe são submetidos e, de outro lado, a sempre justificar suas interpretações. Estas questões serão devidamente aprofundadas no último capítulo.

3. A DECISÃO JUDICIAL E O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

As questões fáticas e jurídicas concernentes aos processos judiciais são apreciadas pelos juízes por uma abertura, no sentido heideggeriano, dispositiva, compreensiva, linguística e decaída em um dado mundo circundante social. Daí porque a decisão judicial é uma unidade fenomênica derivada de uma pluralidade de fenômenos. Para além dessa constelação de fenômenos que produz a decisão judicial, há diversas outras questões essenciais ligadas a ela, tais como as relativas ao problema da criação ou da aplicação do direito pelos juízes, à distinção no mundo jurídico entre casos fáceis e difíceis, ao princípio da proibição da denegação de justiça, à fundamentação das decisões do Poder Judiciário e à tese da única resposta. Cada uma dessas questões será examinada em tópico próprio no próximo capítulo, pois este é voltado para um problema fulcral relacionado ao fenômeno da decisão judicial: o poder discricionário do juiz.

3.1. A discricionariedade judicial

Alguns juristas procuram desenvolver concepções de direito visando superar o positivismo jurídico, as quais consistem em enfrentar, entre outros, o problema do poder discricionário dos juízes. Ronald Dworkin se destaca como o mais célebre jurista que procura desacreditar a tradição positivista, de modo que o seu pensamento, entendido como pós-positivista, apresenta um forte ataque à discricionariedade judicial e ao positivismo jurídico. O tema do poder discricionário do Poder Judiciário tem relevância não somente no que tange ao fenômeno da decisão judicial, mas também no que concerne à própria concepção de direito. Importa frisar que este trabalho não tem o escopo de examinar as diferentes teorias sobre o direito, a não ser de modo superficial, quando preciso para a análise de alguma particular questão relativa ao fenômeno da decisão judicial. Portanto, embora tenha relação com o tema, não serão aqui exploradas as variadas ideias relativas ao jusnaturalismo, ao pragmatismo jurídico, ao positivismo jurídico, ao pós-positivismo etc.

O poder discricionário é, não raras vezes, associado a sentidos negativos, como se fosse algo abusivo, ilegítimo, nulo etc. Não é incomum que a ideia de discricionariedade seja conectada com a noção de arbitrariedade[181]. Para muitos o poder discricionário é uma forma de puro voluntarismo, na medida em que representa a mera vontade dos juízes. Outra crítica à discricionariedade judicial é que ela é antidemocrática, uma vez que ela possibilita a criação de direito pelos juízes, realizando, assim, uma atividade tipicamente legislativa. Daí porque o poder discricionário dos juízes é frequentemente associado a noções negativas. A margem decisória que os juízes têm diante de um caso difícil possibilita a produção de decisões judiciais contrárias às melhores práticas interpretativas e em desacordo com a legislação. É que nos casos fáceis não há poder discricionário ou ele é mínimo, como será analisado em tópico próprio mais à frente. Aliás, também em tópico particular será examinada a distinção entre casos fáceis e difíceis. Retomando o fio da exposição, cabe destacar que o poder discricionário é comumente criticado na prática jurídica porque representa um tipo de margem, de liberdade decisória, que permite, segundo muitos juristas, julgamentos com base na vontade do juiz, na sua consciência subjetiva, na sua preferência pessoal, possibilitando, assim, que a razão seja relegada, bem como as normas jurídicas e morais. Este espaço de manobra dos juízes

[181] Lenio Luiz Streck, talvez seja o jurista no Brasil mais ilustre no que se refere ao combate à discricionariedade judicial, em razão da elaboração de diversos livros abordando o tema, com excelente qualidade argumentativa. Assim, é oportuna a transcrição de algumas passagens de seu dicionário de hermenêutica, elaborado à luz da Crítica Hermenêutica do Direito por ele desenvolvida: "Assim, da escola do Direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço 'não tomado' pela 'razão'; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionaridade são faces da mesma moeda)." (...) Posteriormente, Streck diz: "É preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário 'delegado' – antidemocraticamente – em favor do juiz para 'preencher' os espaços da 'zona de penumbra' do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a 'zona da incerteza' (ou as especificidades em que ocorrem os 'casos difíceis') pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de discricionariedade. Nesse sentido, discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade." (...) Adiante, Streck afirma: "Quando se afirma que a discricionariedade abre as portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama discricionariedade é um espaço de 'anomia' no qual o intérprete põe o Direito. Um exercício simples pode ilustrar isso: como podemos dizer que um ato foi arbitrário e que outro foi apenas discricionário? No fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, descolada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é uma escolha discricionária (ou, por que não, arbitrária?!)." (*Dicionário de Hermenêutica – 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Editora Letramento, 2020, páginas 75, 76 e 81)

é o que possibilita a criação de direito novo, já que se considera inexistir padrões normativos a serem observados, de maneira que o Poder Judiciário, por meio de decisões judiciais, também exerce um papel legislativo ao introduzir novas normas no sistema jurídico. Consequente, o poder discricionário é usualmente criticado como uma forma de decisionismo, de voluntarismo, de arbitrariedade etc., porque ele implica ausências de controles sobre o conteúdo das decisões judiciais.

A investigação da discricionariedade judicial percorrerá os ensinamentos de Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin. Não obstante haver outros nomes importantes, cabe destacar que Kelsen e Hart são inquestionavelmente grandes referências do positivismo jurídico, talvez as maiores. É oportuno trazer as lições de Kelsen sobre o fenômeno da discricionariedade, pois os seus ensinamentos se mantêm atuais em alguns aspectos[182]. O pensamento de Hart, por sua vez, não é abundante a respeito do poder discricionário dos juízes, uma vez que ele escreveu pouco sobre o fenômeno da decisão judicial, fato este reconhecido pelo próprio jurista[183]. Aliás, como será visto adiante, Hart associa o fenômeno da discricionariedade basicamente à abertura do direito ou, melhor dizendo, à textura aberta de linguagem jurídica. Em relação à Dworkin, cabe salientar que suas ideias sobre o assunto são as que merecem exame mais aprofundado, porquanto, diferentemente dos outros citados, ele procura superar o problema do poder discricionário dos juízes, pelo menos em seu sentido forte, que será devidamente explicado mais à frente.

---

[182] Cabe destacar a interessante aproximação que o jurista Lenio Streck faz entre Hans Kelsen e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso: “Essa característica presente nessa forma de argumentativismo de Luiz Roberto Barroso simboliza um traço forte da dogmática jurídica brasileira. Em termos epistêmicos, isso aproxima a posição de Barroso daquilo que pode ser denominado de elemento decisionístico presente na teoria *kelseniana*. É possível dizer que a atuação do juiz Kelseniano é similar ao do juiz-Barroso.” (*Dicionário de Hermenêutica – 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Editora Letramento, 2020, página 83)

[183] Hart confirma tal fato nos pós-escrito de *O conceito de direito*: “Mas gostaria agora de admitir que, em meu livro, eu realmente falei muito pouco sobre o tópico da decisão judicial concreta e sobre o raciocínio jurídico e, especialmente, sobre os argumentos derivados daquilo que meus críticos denominam princípios jurídicos. Admito agora, como um defeito deste livro, que a questão dos princípios só é abordada de passagem.” (*O conceito de direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, página 335, tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara).

3.2. Hans Kelsen e a discricionariedade judicial

A decisão judicial, segundo Kelsen, necessariamente introduz uma norma jurídica individual no sistema do direito. No pensamento kelseniano a decisão judicial tem um caráter constitutivo, não sendo nunca meramente declaratória. De fato, por meio de uma decisão judicial é instituída uma situação jurídica que não existia antes dela, de modo que é inserida no sistema do direito uma norma individual que efetivamente constitui uma dada relação jurídica. Kelsen critica o preconceito de parte da tradição jurídica de que o direito é constituído apenas por normas gerais, de forma que o desconhecimento de normas individuais gera entendimentos equivocados, como a visão errônea de que as decisões judiciais têm apenas função declarativa. Kelsen é enfático ao afirmar que as decisões judiciais representam uma continuação do processo de criação e concretização do direito, entendendo que um fato se torna fato jurídico toda vez que é vinculado ao Poder Judiciário e a um processo judicial. Por conseguinte, o fato jurídico sinaliza principalmente, mas não exclusivamente, um fato processualmente verificado pelo Poder Judiciário segundo um processo jurídico. A decisão judicial, como produtora de norma individual, é inevitavelmente vinculada a normas gerais (materiais ou formais), porquanto, ainda que inexista norma geral regulando o conteúdo de uma norma individual, necessariamente há uma norma geral atribuindo poder aos juízes para produzir decisões judiciais. Porém, nenhum sistema jurídico tem a capacidade de evitar todos os conflitos de interesses e regulamentar todas as situações fáticas possíveis, motivo pelo qual, consoante Kelsen, os juízes recebem nestas circunstâncias poderes para criar normas individuais cujo conteúdo não está disciplinado em nenhuma norma geral. Logo, nestas situações há discricionariedade judicial, de modo que o Poder Judiciário exercerá em tais circunstâncias funções semelhantes às do Poder Legislativo, com algumas diferenças, evidentemente. A principal distinção é que a função de legislador dos juízes nas situações autorizadas pelo sistema jurídico remete, comumente, à criação de normas individuais e não à produção de normas gerais, como as leis, embora o Poder Judiciário por meio de suas decisões judiciais, em certas circunstâncias especiais, como no controle concentrado de constitucionalidade, possa também gerar normas gerais.

A atividade judicial pode ser regulada tanto pelo direito material quanto pelo direito formal, o que significa que tanto o conteúdo quanto o procedimento podem ser predeterminados por normas gerais, de modo que os juízes, ao proferir decisões judiciais, têm obrigações jurídicas em graus diferentes. Se o sistema do direito não tem norma geral estabelecendo a obrigação de alguém, há discricionariedade do Poder Judiciário. Nesta situação, no entendimento de Kelsen, os juízes atuam como tipos de legisladores, porque criam para o caso concreto uma norma de direito material. A ideia de lacuna alicerça, no pensamento kelseniano, a autorização para os juízes produzirem direito novo e fixarem sanções não previstas em normas gerais. Para Kelsen as lacunas são ficções do sistema jurídico que possibilitam a produção de direito pelo Poder Judiciário em razão da inexistência de direito posto pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. Kelsen entende que as lacunas do direito são ficções, porque para ele sempre é logicamente possível aplicar o sistema jurídico. A noção de lacuna aponta para uma falta de normas jurídicas específicas no julgamento de um caso, mas não para a ausência do sistema jurídico, de forma que a existência de lacuna não implica na impossibilidade lógica de aplicação do direito, uma vez que qualquer caso concreto é necessariamente abarcado pelo sistema do direito[184]. A teoria do direito kelseniana indica que a discricionariedade judicial possibilita, em certos casos, uma substituição do ponto de vista ético-político do legislador pela do juiz. A tentativa de limitar esse poder discricionário dos juízes aos casos não previstos em normas pelo legislador esbarra no fato de que o Poder Legislativo não pode regulamentar tais casos, já que desconhece tais situações. É que, se o legislador soubesse dessas situações, não precisaria outorgar uma discricionariedade aos juízes, mas disciplinar ele mesmo. Assim, objetivando limitar a discricionariedade judicial o legislador cria a ficção da lacuna, de maneira que, em certos casos, o sistema jurídico vigente não pode ser aplicado, não por motivos subjetivos, relativos

[184] Kelsen escreve: “A ordem jurídica não pode ter quaisquer lacunas. Se o juiz está autorizado a decidir uma disputa como legislador no caso de a ordem jurídica não conter nenhuma norma geral obrigando o réu à conduta reclamada pelo queixoso, ele não preenche uma lacuna do Direito efetivamente válido, mas acrescenta ao Direito efetivamente válido uma norma individual à qual não corresponde nenhuma norma geral. O Direito efetivamente válido poderia ser aplicado ao caso concreto pela rejeição da lacuna. O juiz, contudo, está autorizado a modificar o Direito para um caso concreto, ele tem o poder de obrigar juridicamente um indivíduo que antes estava juridicamente livre.” (*Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2016, 5ª edição, página 213, tradução de Luís Carlos Borges).

aos juízes, mas sim por motivos objetivos, atinentes à legislação[185]. Logo, a lacuna se caracteriza, nesse sentido kelseniano, como uma forma de justificação que confere à atividade judicial poder discricionário para exercer atividade legislativa, vale dizer, os juízes podem criar direitos diante de vazios normativos. Todavia, sendo o direito sempre aplicável, já que o sistema jurídico inevitavelmente abrange qualquer processo judicial, não haveria lacunas neste sentido, motivo pelo qual a ideia de lacuna não geraria a pretendida restrição do poder legislativo atribuído aos juízes, mas uma anulação dessa limitação, que assim seria meramente aparente e não autêntica. O que importa deixar claro é que, para Kelsen, é sempre possível a aplicação do direito, pois há sempre a possibilidade de aplicação do sistema jurídico como um todo, não obstante em muitos casos não seja possível a aplicação de uma específica norma jurídica. Destarte, como Kelsen compreende que não somente as normas jurídicas gerais e individuais podem ser aplicadas, mas igualmente o próprio sistema jurídico, para ele as lacunas só existem de forma artificial no mundo do direito. No entanto, Kelsen reconhece a importância da ideia de lacuna, ainda que seja em seu entendimento uma ficção jurídica. É que a ficção da lacuna produz o resultado almejado se o Poder Judiciário também concorda e pensa que há vácuos normativos no sistema jurídico.

Na hipótese de um caso concreto remeter a um vácuo normativo, os juízes podem não criar direito novo ao julgar este caso, mas sim rejeitar o pedido da parte sob o fundamento que o sistema jurídico não embasa a pretensão. Nesta circunstância, Kelsen entende que não haveria lacuna do direito, pois o Poder Judiciário rejeitaria a pretensão da parte com alicerce no próprio sistema jurídico, isto é, o juiz nesta situação está aplicando uma norma do direito, especificamente a norma – de cunho negativo – de que ninguém está obrigado a um determinado comportamento se não há previsão jurídica nesse sentido. O problema de tal ponto de vista é saber quando os juízes devem criar direito por decisão judicial ou quando os juízes devem rejeitar a demanda de alguém por entender que o sistema do direito

[185] Kelsen diz: “A intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquira expressão no Direito por ele criado. Por isso, o legislador, para limitar a atribuição deste poder aos tribunais, atribuição essa considerada por ele como inevitável, recorre à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada – não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma razão lógica objetiva –, de que o juiz somente pode se fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, página 276, tradução de João Baptista Machado).

não a ampara. A resposta de Kelsen a esta questão aponta para uma forma de poder discricionário forte do Poder Judiciário[186]. A discricionariedade judicial para Kelsen permite não somente a criação de normas individuais, mas também de normas gerais em certos casos, notadamente quando se trata de decisões de um tribunal máximo de um dado sistema jurídico. Isso ocorre no pensamento kelseniano por meio da criação do precedente judicial, que constitui uma decisão judicial proferida em um caso concreto, mas que gera efeitos vinculantes para outros casos idênticos. Nesta situação, as decisões judiciais, embora aplicadas a um caso individual e concreto, terão efeitos gerais vinculando outras decisões, de modo que ocorre uma espécie de generalização da norma individual. A noção de precedente como norma geral em Kelsen diz respeito a uma indeterminação ou a uma ambiguidade do conteúdo. Se não há determinação do conteúdo, não há condição de os juízes interpretarem o que não existe, motivo pelo qual eles têm o poder discricionário de produzir direito material, criando, assim, um conteúdo novo. Se a determinação do conteúdo é imprecisa, há condição de os juízes interpretarem, porquanto, ainda que vago, há um conteúdo que pode ser objeto de uma práxis hermenêutica. Destarte, em ambas as situações os juízes têm poder discricionário para exercer um tipo de função legislativa, seja porque geram um conteúdo novo, seja porque interpretam e definem o conteúdo que deve prevalecer em caso de indeterminação. É oportuno esclarecer, em virtude do exposto no segundo capítulo deste trabalho a respeito de Gadamer, que Kelsen entende a interpretação como método, de modo que ela se faz necessária na situação em que há um conteúdo normativo que não é unívoco. A ideia de precedente judicial como gerador de norma geral tem conexão com o poder discricionário dos juízes, notadamente dos tribunais supremos de cada sistema jurídico.

É importante elucidar que, existindo ou não norma geral regulamentando algum assunto, para Kelsen há sempre alguma discricionariedade judicial, pois as normas gerais não conseguem prever e disciplinar todos os elementos possíveis de um caso concreto, havendo, assim, poder discricionário para lidar com as particularidades do processo. Nesse contexto, Kelsen desenvolve a ideia de moldura das normas gerais,

---

[186] Kelsen diz: “A condição sob a qual o juiz está autorizado a decidir uma dada disputa na condição de legislador não é – como a teoria das lacunas pretende – o fato de a aplicação do Direito efetivamente válido ser logicamente impossível, mas o fato de que a aplicação do Direito efetivamente válido é – segundo a opinião do juiz – inadequada jurídica e politicamente.” (*Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2016, 5ª edição, página 214, tradução de Luís Carlos Borges).

que são preenchidas por normas individuais. Destacou-se acima que decisões judiciais são espécies de normas individuais introduzidas pelos juízes. Como as normas gerais são associadas, no pensamento kelseniano, a uma noção de moldura ou quadro, a largura dependerá do que elas dispõem a respeito das normas individuais. Consequentemente, se uma norma geral não estabelece o conteúdo, mas apenas confere poder discricionário aos juízes para produzir normais individuais em relação a determinado assunto, a moldura será ampla. Por seu turno, a moldura será limitada se a norma geral determina o conteúdo que será tratado na decisão judicial. No entanto, deve ser ressaltado que no caso de ser estabelecida uma sanção pelo Poder Judiciário que não está prevista em norma geral preexistente, a decisão judicial nesta hipótese torna delituoso um ato após a sua prática, ou seja, nesta situação o ilícito surge após a realização da conduta. As decisões judiciais, na visão kelseniana, sempre acrescentam algo à normas gerais do Poder Legislativo[187]. A questão da moldura, portanto, tem ligação com o fenômeno da retroatividade das normas, pois Kelsen entende que, se a moldura for extremamente ampla em razão da inexistência de conteúdo orientador da norma individual, a decisão judicial proferida nestas condições terá efeito retroativo. É que no momento da prática do ato não existia norma jurídica definindo-o como ilícito, de forma que coube ao Poder Judiciário, pela primeira vez, considerar tal ato como ilícito. Com isso, como o ato foi praticado antes da decisão judicial, esta será responsável por qualificá-lo como ilícito. Porém, fazendo isso, a consequência é um efeito retroativo da decisão judicial, porque o ato será considerado ilícito desde o momento em que foi praticado. Assim, as decisões judiciais, na perspectiva de Kelsen, têm a possibilidade de eventualmente produzir normas a partir do fato passado, podendo o Poder Judiciário criar, em certas situações, normas individuais sem parâmetros normativos do Poder Legislativo.

As decisões judiciais demandam sempre uma práxis hermenêutica. Embora Kelsen pense a interpretação como método, diferentemente de Gadamer, que enxerga a interpretação como modo de ser, ambos os pensadores entendem que não há uma única resposta correta e definitiva, porque há múltiplas possibilidades de

[187] Kelsen afirma: “A norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto. (...) No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, página 272, tradução de João Baptista Machado).

interpretação[188]. É evidente que o tema da interpretação tratado por Kelsen é pobre diante da hermenêutica filosófica de Gadamer. Todavia, é importante trazer as parcas lições kelsenianas sobre o fenômeno da interpretação, uma vez que elas têm relação com o poder discricionário dos juízes. De fato, a discricionariedade judicial tem conexão com as ideias de moldura e quadro apontadas acima, tendo em vista que, consoante Kelsen, o Poder Judiciário não apenas aplica, mas também cria direito, de maneira que a interpretação dos juízes não se reduz a um mero ato de conhecimento, caracterizando-se também como ato de vontade. E como a interpretação do Poder Judiciário produz direito, Kelsen a enxerga como interpretação autêntica, de forma que a interpretação não autêntica seria realizada pelos intérpretes que fazem parte do mundo jurídico, mas que não têm o poder de produzir direito, como se dá com a interpretação dos cientistas do direito. É oportuno destacar que, para Kelsen, o poder discricionário dos juízes permite não só a criação de diferentes normas individuais dentro de uma mesma moldura, mas também, eventualmente, a produção de normas individuais fora da moldura, sobretudo pelos tribunais supremos de cada sistema jurídico[189]. Destarte, a interpretação dos juízes é autêntica, na medida em que produz direito, o que significa que as decisões judiciais derivam, para Kelsen, tanto de atos cognoscitivos quanto de atos volitivos, distinguindo-se assim da intepretação dos cientistas do direito, as quais, por não criarem direito, decorrem apenas de atos de conhecimento. Com isso, constata-se que a teoria de Kelsen indica que a criação de direito é indissociável de um aspecto volitivo do criador, de maneira que as decisões

[188] Kelsen escreve: “Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, página 391, tradução de João Baptista Machado).

[189] Kelsen diz: “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe intepretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, páginas 394 e 395, tradução de João Baptista Machado).

judiciais, como produtoras de normas individuais, implicam não somente razão, ato cognoscitivo dos juízes, como também volição, já que os juízes escolhem possibilidades. E as possibilidades de escolhas do Poder Judiciário dependem das molduras das normas jurídicas gerais feitas pelo Poder Legislativo – ou pelo Poder Executivo –, visto que algumas molduras são mais amplas do que outras. Sendo larga ou não, o que importa frisar é que a discricionariedade judicial é inevitável para Kelsen, havendo apenas diferenças de graus do poder discricionário a depender do caso concreto e do órgão do Poder Judiciário a julgá-lo.

3.3. Herbert Hart e a discricionariedade judicial

Hart é reconhecido como um dos maiores nomes do positivismo jurídico, condição esta obtida sobretudo com a sua mais famosa obra: *O conceito de direito*. Neste livro Hart apresenta diversas concepções novas que contribuíram para uma melhor compreensão do fenômeno do direito, tais como, entre outras, as noções de textura aberta do direito, ponto de vista interno, ponto de vista externo, normas primárias e secundárias, estas últimas divididas em normas de reconhecimento, de modificação e de julgamento. Embora o livro seja um clássico na história do direito, sendo a referência de Dworkin em suas críticas ao positivismo jurídico, o tema da decisão judicial é superficialmente tratado, fato este reconhecido expressamente pelo próprio Hart em sua obra máxima. O mesmo ocorre em relação ao fenômeno da discricionariedade judicial, que é abordado poucas vezes por Hart, porque este restringiu o exame do poder discricionário dos juízes principalmente, mas não exclusivamente, ao capítulo VII (O formalismo e o ceticismo em relação às normas) e ao pós-escrito de *O conceito de direito*. Há também um pequeno ensaio de Hart acerca da discricionariedade judicial[190], que traz algumas de suas ideias acerca do tema. Feito esse esclarecimento sobre o tratamento dado ao tema por Hart, importa destacar que em seu pensamento a discricionariedade judicial é inevitável em virtude de o direito possuir áreas com textura aberta. Na visão hartiana, a discricionariedade

[190] O nome do artigo é *Discretion* e não foi publicado por Hart, sendo por muito tempo considerado um ensaio perdido.

judicial está conectada à textura aberta dos textos normativos, isto é, todo sistema jurídico precisa, em algum momento, ser complementado pelo poder discricionário dos juízes.

Dizer que a noção de discricionariedade judicial para Hart está ligada à textura aberta do direito significa dizer que o mundo jurídico tem, em muitas situações, uma linguagem vaga, ambígua, sem contornos claros, ou seja, é imanente ao jogo de linguagem do direito traços de indeterminação. É que os padrões de conduta transmitidos às pessoas pelas normas jurídicas e decisões judiciais têm comumente um âmbito de imprecisão precisamente porque têm partes com textura aberta. Por conseguinte, como os textos normativos têm usualmente uma abertura linguística, no entendimento de Hart os juízes podem exercer uma atividade criadora de direito nestas circunstâncias, na medida em que o direito é essencialmente incompleto nesses casos. Daí porque Hart associa o conceito de discricionariedade judicial com a ideia de um tipo de atividade legislativa restrita[191], de maneira que os juízes não só aplicam o direito preexistente, como também criam direito novo, porque a noção hartiana de textura aberta aponta tanto para uma indeterminação do direito quanto para uma incompletude do direito. Destarte, como o sistema jurídico constantemente retém frações imprecisas e inacabadas, a consequência é a necessidade de produção de normas jurídicas pelo Poder Judiciário, isto é, tanto pela existência de textos normativos vagos ou ambíguos quanto pela inexistência de enunciados normativos específicos sobre um caso concreto, desponta o poder discricionário dos juízes. É relevante realçar que Hart não reduz a discricionariedade judicial aos casos difíceis, uma vez que a textura aberta do direito é um fenômeno linguístico, ou seja, ainda que os casos sejam intermediários – situados entre os casos fáceis e difíceis –, os juízes

[191] Hart escreve: “A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costumo chamar de ‘textura aberta’. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples ‘casos difíceis’, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discricionariedade’. Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discricionariedade criativa.” (*O conceito de direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, página 326, tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara).

terão poder discricionário se as normas jurídicas relativas ao processo judicial em julgamento tiverem uma textura aberta.

Se um enunciado normativo tem textura aberta, necessariamente o juiz tem de realizar uma escolha. Se a escolha é inevitável, segundo Hart, a discricionariedade judicial também é inevitável. Contudo, embora tenham poder discricionário em virtude da textura aberta dos textos normativos, os juízes têm um núcleo de sentido estabelecido no direito que eles não têm a liberdade de se afastar. Daí porque para Hart a discricionariedade judicial indica uma atividade legislativa restrita. Os juízes não podem, ao proferir decisões judiciais, criar normas jurídicas gerais como um código, por exemplo, já que tal função legislativa é exclusiva do Poder Legislativo. Por outro lado, cabe esclarecer que a discricionariedade judicial pensada por Hart não é confundida com uma forma de arbitrariedade, como um tipo de decisionismo, precisamente porque os juízes não têm poderes ilimitados para decidir. Hart expressamente reconhece a necessidade de fundamentação, especialmente pelo uso de analogia, fenômeno este que remete a razões e justificativas já trazidas no mundo jurídico em casos semelhantes[192]. Nesse contexto, em que o direito é tanto indeterminado quanto incompleto, Hart entende que não existe uma única resposta correta no julgamento dos casos difíceis. Tal pensamento é uma consequência lógica da sua concepção de discricionariedade judicial e, especialmente, da sua ideia de textura aberta do direito. Para Hart, a indeterminação do direito vem sempre já carregada com aspectos de determinação e vice-versa. Embora a textura aberta do direito aponte para um certo horizonte de indeterminação do direito, este horizonte sempre traz concomitantemente áreas de determinação. Assim, Hart entende que a determinação e a indeterminação do direito são fenômenos inseparáveis, de modo

[192] Hart afirma: "É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos semelhantes." (*O conceito de direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, página 352, tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara).

que o direito nunca é totalmente determinado, havendo horizontes de indeterminação, e jamais é completamente indeterminado, possuindo horizontes de determinação.

A essência da discricionariedade judicial no pensamento hartiano se baseia na linguagem, seja porque o direito tem uma linguagem com textura aberta, seja porque nos casos de lacunas normativas específicas há ausência de linguagem, isto é, faltam enunciados normativos acerca de um particular caso concreto. De fato, se não há normas regulamentando alguma questão de um dado processo judicial, é porque falta um específico jogo de linguagem normativo dispondo sobre o caso. Daí porque para Hart a discricionariedade judicial é vinculada ao fenômeno linguístico, de maneira que ele deixa de enfocar no fenômeno da intepretação ao tratar do problema do poder discricionário dos juízes. O tema da interpretação é deixado de lado por Hart, especialmente, por dois motivos: o primeiro é porque seu trato com a questão da discricionariedade judicial é orientado essencialmente pelo fenômeno da linguagem; o segundo está relacionado à visão hartiana de que a interpretação não resolve o problema da textura aberta das normas. Na introdução deste trabalho ressaltou-se que pensamento de Hart teve influência da filosofia da linguagem. Especificamente no que concerne à questão da interpretação é possível enxergar que a visão de Hart tem certa conexão com a filosofia de Wittgenstein, que rejeita a interpretação na aplicação das regras dos jogos de linguagem[193], porque a consequência seria um regresso ao infinito.

Não obstante Hart reconhecer que em certas situações os juízes criem direito, cabe esclarecer que ele rejeita a ideia de que o direito é aquilo que o Poder Judiciário diz que é. Tal assunto é tratado no capítulo VII, em tópico próprio (*O caráter definitivo e a infalibilidade na decisão judicial)*, no qual é abordado o papel dos tribunais máximos de um país, isto é, os tribunais que realizam a interpretação final dos textos normativos e têm a última palavra sobre as questões jurídicas. Para Hart, mesmo quando se trata de um tribunal supremo, o direito não é aquilo que o tribunal diz que é, porque sempre há uma legislação anterior, independente das normas jurídicas produzidas pelos juízes, tais como as normas secundárias, que possibilitam, inclusive,

[193] Hart escreve: “Os cânones de ‘intepretação’ não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois estes cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação. Não podem, mais que as outras normas, fornecer sua própria intepretação.” (*O conceito de Direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, página 164, tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara).

a existência do próprio Poder Judiciário e seus julgamentos. Assim, as normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo estabelecem paradigmas normativos que o Poder Judiciário não tem a liberdade de desprezar. A discricionariedade judicial é, portanto, possibilitada e limitada por diversas normas jurídicas, as quais instituem padrões normativos que são aceitos e aplicados pelos juízes em sua prática cotidiana. A aceitação e a criação de normas são fenômenos absolutamente distintos, isto é, o fato de os juízes aceitarem e aplicarem normas jurídicas no exercício de suas funções não se confunde com a criação dessas normas. Hart reconhece, porém, uma constante possibilidade de o Poder Judiciário desprezar as normas postas pelo Poder Legislativo – ou pelo Poder Executivo – para criar outras, que se apoiariam no caráter definitivo das decisões judiciais, visto que é impossível a existência de garantias absolutas contra o descumprimento das normas jurídicas pelos juízes, simplesmente porque eles são seres humanos[194]. Entretanto, se tal situação ocorresse, haveria uma alteração dos sistemas. Não interessa neste tópico se aprofundar sobre tal fenômeno, mas deixar claro que os juízes, na opinião de Hart, consideram os enunciados normativos do Poder Legislativo como paradigmas normativos que necessitam obediência, porquanto, apesar da textura aberta do direito, há padrões claros e áreas determinadas nos textos normativos que restringem, sem eliminar, a discricionariedade judicial.

3.4. Ronald Dworkin e a discricionariedade judicial

Em relação à multiplicidade de assuntos explorados por Dworkin, interessa neste trabalho, mormente, os temas da discricionariedade judicial e da teoria da única resposta correta. Esta teoria está intrinsicamente vinculada ao fenômeno do poder discricionário do Poder Judiciário, porquanto a tese da única resposta correta envolve também, entre outras questões, a possibilidade de defender uma objetividade moral, de forma que as proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas a partir de

[194] Este trabalho procura explorar o caráter existencial do ser humano, ampliando os jogos de linguagem sobre o fenômeno da decisão judicial, avançando, assim, sobre as tradicionais ideias do mundo jurídico acerca do tema.

uma interpretação dos princípios de moralidade de uma determinada comunidade. A tese da única resposta correta será analisada no último capítulo em tópico próprio, de modo que neste será focado o pensamento de Dworkin a respeito do poder discricionário dos juízes. Em seu primeiro livro*, Levando os direitos a sério*, Dworkin faz uma investida vigorosa contra o positivismo, direcionando as suas críticas ao pensamento de Hart, porque ele representa, na visão dworkiniana, a melhor explicação do direito positivo, superando os modelos do positivismo de Austin e de Kelsen. Porém, o positivismo hartiano também não supera o dilema da discricionariedade judicial, o qual é, consoante Dworkin, um problema comum em todas as versões do positivismo. Assim, uma das críticas mais fortes ao positivismo feita por Dworkin está vinculada precisamente à questão da discricionariedade do Poder Judiciário, pois os partidários do positivismo entendem, como decorrência natural desta concepção de direito, que o poder discricionário dos juízes é inevitável nos casos difíceis.

Dworkin começa a análise da discricionariedade afirmando que se trata de uma concepção relativa, na medida em que somente é apropriado falar sobre poder discricionário em relação à padrões estabelecidos ou à alguma autoridade. De fato, não tem sentido associar a discricionariedade judicial a questões ordinárias cotidianas, tais como se uma pessoa pode ou não comprar um utensílio, investir ou gastar seu dinheiro, fazer exercício ou descansar etc. O contexto afeta a noção de discricionariedade, de modo que o poder discricionário pode estar ligado a autoridades ou a padrões. Assim, Dworkin enxerga três tipos diferentes de poder discricionário, sendo dois em sentido fraco e um em sentido forte. O primeiro sentido fraco de discricionariedade se manifesta quando uma autoridade não consegue aplicar automaticamente padrões em uma dada situação, como ocorre, conforme exemplo de Dworkin, quando um militar dá uma ordem a outro militar para escolher os cinco homens mais experientes para uma determinada missão. Neste caso é evidente o poder discricionário em sentido fraco, pois o militar de patente inferior tem margem de liberdade para decidir quais são os cinco homens mais experientes, uma vez que tal ordem não é possível cumprir de forma mecânica. Contudo, o militar não tem um livre espaço decisório para escolher qualquer homem, mas apenas aqueles com experiência, ou seja, a palavra *experiência* tem um significado que constitui um padrão a ser obedecido na seleção dos homens, limitando, portanto, a discricionariedade. O segundo sentido fraco de discricionariedade acontece toda vez que a decisão judicial

é proferida por uma autoridade de última instância, porque ela não pode ser alterada por nenhuma outra autoridade. Por sua vez, o poder discricionário em sentido forte ocorre quando não há padrões específicos que vinculem uma autoridade em uma dada situação. Assim, no exemplo dado acima, se a ordem ao militar fosse para que este escolhesse cinco soldados quaisquer – e não os cinco soldados mais experientes –, a discricionariedade nesta circunstância seria em sentido forte. Para os positivistas, na visão de Dworkin, os juízes têm um poder discricionário em sentido forte toda vez que não há regras específicas para julgar um caso difícil ou, se há regras, elas apresentam uma textura aberta que implicam em indeterminação ou ambiguidade, gerando, assim, ampla margem de liberdade para uma decisão. Esta situação significa, no pensamento dworkiniano, que os juízes não estão obrigados por padrões que não sejam regras jurídicas.

Para Dworkin, o direito não é formado apenas por regras, mas também por outros padrões: princípios e políticas[195]. Princípio é um padrão vinculado a valores morais, tais como os relativos à justiça e à equidade, ou seja, é a moralidade que está na base dos princípios. E como o direito é, no pensamento dworkiniano, um ramo da moral, as decisões políticas são justificadas por argumentos de princípio toda vez que os direitos individuais são respeitados. Como os argumentos de princípio remetem aos direitos individuais, estes sinalizam objetivos políticos individuados. A política não diz respeito ao âmbito moral, pois é um padrão que institui metas a serem conquistadas na sociedade. As decisões políticas são justificadas por argumentos de política sempre que protegem os programas coletivos de uma sociedade. As metas são, contrariamente aos direitos, objetivos políticos não-individuados. As decisões políticas podem ser justificadas tanto por argumentos de política quanto por argumentos de princípio, mas as decisões judiciais devem se orientar apenas por estes últimos. É que, em relação a estes dois tipos de argumentos, apenas os princípios estão na base dos direitos individuais, porque os argumentos de política dizem respeito a programas coletivos. Se os argumentos de política retratam objetivos

[195] Dworkin escreve: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (*Levando os direitos a sério*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, página 36, tradução de Nelson Boeira).

que buscam uma condição social melhor, pois visam à comunidade como um todo, os argumentos de princípio podem se opor a estes programas sociais, ainda que a comunidade seja prejudicada com isso, porque o que está em jogo é a proteção de direitos individuais, que devem prevalecer, em geral, contra as metas coletivas. Consequentemente, é comum a possibilidade de conflitos entre os argumentos de política, que se referem à programas da comunidade, e os argumentos de princípio, que atinem à direitos individuais.

O positivismo é, na visão dworkiniana, considerado como um sistema de regras apenas, excluindo, assim, os padrões relativos às políticas e aos princípios. Por conseguinte, em sua crítica ao positivismo, Dworkin estabelece uma distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos, entendendo que ambos são padrões que norteiam os juízes ao proferir uma decisão judicial. Os princípios têm uma dimensão de peso, ao passo que as regras têm uma dimensão de validade, ou seja, os princípios não são aplicados ao modo do tudo ou nada das regras, mas conforme sua força em relação ao caso concreto, de forma que conflitos entre princípios, diferentemente do que ocorrem com as regras jurídicas, não implicam em invalidade de um padrão normativo. Logo, as noções de validade ou não validade são pertinentes apenas às regras, mas não aos princípios. Ademais, os princípios são diferentes das regras também em relação ao conteúdo, porque seus padrões não trazem razões conclusivas, sendo que as regras indicam razões conclusivas a respeito de um dado caso. As regras de um sistema jurídico têm indubitável importância para os direitos individuais, mas estes, segundo Dworkin, também se baseiam em princípios, isto é, além das regras que garantem direitos, há um fundo moral que igualmente confere direitos às pessoas.

Como o positivismo é constituído apenas por regras, para Dworkin, os juízes têm poder discricionário em sentido forte quando um caso difícil não é regulado por nenhuma regra específica. Esta discricionariedade em sentido forte é rejeitada por Dworkin, pois para ele, se não há regras regulamentando um caso, há os princípios, ou seja, não há margem de liberdade para o Poder Judiciário. Os princípios para Dworkin têm força não apenas quando as regras são omissas ou confusas, mas também para fundamentar a própria mudança das regras por decisão judicial. Evidente que as regras não podem ser alteradas com base em qualquer princípio, mas apenas com sustentação em princípios fundamentais, que constituem os verdadeiros alicerces de um sistema jurídico, os quais se traduzem nos princípios de

moralidade de uma dada comunidade. Logo, os princípios são, segundo Dworkin, padrões jurídicos do sistema do direito. Nessa perspectiva dworkiniana, mesmo quando nenhuma regra regula um caso, há direitos preexistentes, que devem ser desvelados pelos juízes por meio da investigação dos princípios. Daí porque não há discricionariedade em sentido forte para Dworkin, porque não há vácuo de padrões a serem observados pelos juízes, na medida em que sempre existem os princípios morais de uma sociedade. E precisamente por isto Dworkin defende que sempre há uma única resposta correta, porquanto, se sempre há padrões regulamentando um caso, há sempre padrões com melhores razões do que outros. Com isso, Dworkin associa o poder discricionário em sentido forte ao juízo de empate, em que nenhuma das partes têm o direito de ganhar a ação, pois dependerá da escolha do juiz, que criará direito novo com sua decisão e não reconhecerá um direito preexistente. Melhor explicando: Dworkin diz que há uma única resposta correta nos julgamentos dos processos judiciais. Por conseguinte, uma das partes em um processo sempre tem direito de vencer a ação, o que não aconteceria se inexistisse uma única resposta correta, o que resultaria em uma espécie de empate, já que nesta situação a decisão dependeria exclusivamente do poder discricionário dos juízes, que poderiam decidir tanto a favor do demandante quanto do demandado.

Algumas concepções novas são apresentadas por Dworkin no livro *O império do direito*, tais como interpretação construtiva, direito como integridade, convencionalismo estrito, convencionalismo moderado[196], coerência de estratégia, coerência de princípio, integridade na legislação, integridade na decisão judicial etc. Estas concepções de convencionalismo são novos jogos de linguagens dworkinianos para tratar do fenômeno do positivismo jurídico. Assim, as críticas de Dworkin ao positivismo continuam, mas com uma nova roupagem linguística. O convencionalismo estrito é uma concepção de direito extremamente limitada para Dworkin, porque as extensões explícitas contidas em suas convenções não dão conta de regular diversos casos concretos. De fato, como o convencionalismo estrito é limitado à legislação e

[196] Dworkin diz: “Podemos agora distinguir o que poderia parecer duas formas ou versões do convencionalismo. A primeira, que poderíamos chamar de convencionalismo ‘estrito’, restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente. A segunda, que vamos aqui chamar de convencionalismo ‘moderado’, insiste em que o direito de uma comunidade inclui tudo que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções.” (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, página 152, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

aos precedentes, em sua dimensão explícita, seus padrões se revelam insuficientes para orientar os juízes em várias situações especiais. Daí porque é inevitável a discricionariedade judicial. E esta se revela em seu sentido forte, pois os juízes exercem um poder discricionário extralegal, já que recorrem a modelos extrajurídicos, em razão dos padrões jurídicos serem insuficientes para o julgamento dos casos difíceis. Por conseguinte, os juízes atuam como legisladores nesses casos, criando direitos novos, uma vez que não há paradigmas jurídicos que os obriguem a decidir de uma determinada maneira. Ocorre que, no convencionalismo moderado, não se manifestam essas lacunas em relação aos padrões jurídicos, visto que a legislação e os precedentes são considerados também em sua dimensão implícita e não apenas em sua dimensão explícita, como se dá no convencionalismo estrito. E isso significa que é possível interpretar o que está subentendido nas convenções explícitas, expandindo seu alcance, de forma que os distintos casos possam ser decididos pelo Poder Judiciário, ou seja, os juízes conseguem lidar com as mais diferentes situações desvelando o que está velado na legislação e nos procedentes. Consequentemente, as críticas ao convencionalismo estrito perdem força em relação ao convencionalismo moderado, de modo que Dworkin afirma que este último não pode ser realmente caracterizado como convencionalismo consoante as três concepções de direito apresentadas em *O império do direito*[197].

No livro *O império do direito*, o fenômeno das decisões passadas ganha especial destaque no pensamento dworkiniano, porque se relaciona com suas ideias sobre coerência e integridade, limitando a discricionariedade do Poder Judiciário. Dworkin entende que uma das razões pela qual os juízes se interessam pelas decisões passadas é porque buscam coerência. A coerência, que é vinculada ao fenômeno das decisões passadas, é classificada em duas espécies: coerência de estratégia e coerência de princípio. A primeira impõe aos criadores do direito uma espécie de harmonia legislativa, de forma que as novas normas produzidas sejam adequadas às outras normas do sistema jurídico, gerando uma superior execução deste, ou seja, o acréscimo de novas normas deve aperfeiçoar o direito. Logo, não há

[197] Dworkin afirma: “Espero que agora esteja evidente que o convencionalismo moderado não é, em absoluto, uma forma de convencionalismo no sentido da distinção tríplice entre as concepções que estamos utilizando no momento. Minhas descrições iniciais do convencionalismo, no último capítulo e na primeira parte deste, não se ajustavam bem, como agora podemos ver; só se ajustam ao convencionalismo estrito.” (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, página 157, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

coerência de estratégia se as normas criadas prejudicam o desempenho do sistema jurídico, mas apenas quando a expansão normativa melhora o funcionamento do direito. Por outro lado, a coerência de princípio não diz respeito ao aspecto funcional do sistema jurídico, mas ao caráter moral, na medida em que a norma criada deve atender padrões de justiça. A coerência de princípio é uma coerência moral, porque se trata de paradigma de justiça que deve orientar o Estado em sua relação coercitiva com as pessoas, de modo que os casos semelhantes devem ser tratados da mesma maneira. Estas noções de coerência são importantes para Dworkin, pois ele entende que não há coerência de princípio no convencionalismo – pelo menos no sentido estrito –, mas apenas a coerência de estratégia. Esta é uma das razões pela qual o conceito de direito como integridade, que abarca tanto a coerência de estratégia quanto a coerência de princípio, é superior à concepção de direito como convencionalismo[198]. Aliás, entre as três concepções de direito de Dworkin, o convencionalismo é a pior em seu ponto de vista, sendo inferior também em relação ao pragmatismo, porquanto, entre outros motivos, este tem uma flexibilidade maior que aquele. Mas é evidente que o pragmatismo tem seus problemas, sendo que um deles diz respeito precisamente à não preocupação com as decisões passadas, o que implica em uma ausência de respeito à coerência de princípio, que não é valorizada por si mesma, violando, assim, a integridade na decisão judicial[199]. A concepção

[198] Dworkin escreve: “Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la.” (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, página 164, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

[199] Dworkin afirma: “O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. Essa ideia explica a estimulante retórica do início do movimento ‘realista’, que já mencionei aqui: por que disseram que o direito não existe, que o direito é apenas uma previsão do que farão os juízes. Essas proposições supostamente extremas são muito mais fáceis de entender como declarações provocativas de uma posição política do que como alegações semânticas.” Mais adiante, Dworkin escreve: “O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de

pragmática do direito, portanto, não elimina a discricionariedade judicial. Dessa forma, tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo são deficientes para Dworkin, de maneira que não se revelam como as melhores concepções jurídicas para explicar o poder coercitivo do Estado e não solucionam o problema do poder discricionário do Poder Judiciário. Dworkin, então, elabora uma nova concepção de direito que reputa superior às outras: direito como integridade. Esta noção de direito, na visão de Dworkin, é a que melhor explica e justifica a força do Estado, o seu poder coercitivo, resolvendo, ainda, o impasse da discricionariedade judicial em seu sentido forte.

O direito como integridade se alicerça em dois princípios de integridade: integridade na legislação e integridade na decisão judicial. Esses ideais de integridade não são apenas princípios, mas também virtudes políticas, que estão ao lado da justiça e da equidade. A integridade política aponta para uma ideia de comunidade política, que se torna, assim, um tipo peculiar de entidade personificada. Uma vez que a justiça tem uma função notável na comunidade política, é importante destacar que a sua concepção se concatena não apenas com a noção de equidade, mas também com a de um procedimento justo. Este fenômeno aponta para o princípio do devido processo legal, que se relaciona, portanto, com uma ideia de processo justo. Daí porque Dworkin entende que a comunidade política deve ser governada não somente pelos princípios da justiça e da equidade, mas também pelo princípio do devido processo legal, os quais se consubstanciam em virtudes políticas deste ente personificado[200]. Ao lado destes, surge a integridade como princípio a ser também realizado. Por conseguinte, a comunidade política, como uma espécie de ente personificado do mundo jurídico, tem poderes e deveres, com responsabilidades morais, visto que ela é, consoante Dworkin, uma comunidade de princípios. Assim, as decisões do Poderes Legislativo e Judiciário devem respeitar a integridade, levando em conta os argumentos de princípio e de política, mas as decisões judiciais devem

---

decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante." (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, páginas 197 e 203, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

[200] Dworkin diz: "Nossa profunda ambição de tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios recomenda um papel especial para a justiça. Os cidadãos de tal comunidade almejam ser governados com justiça, equidade e processo justo, mas as três virtudes componentes possuem diferentes significados para eles, mesmo como ideais. Tanto a equidade quanto o processo justo estão, embora de maneiras diferentes, ligados a instituições específicas dentro da comunidade." (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, páginas 484 e 485, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

se basear apenas nos primeiros. E por isso a integridade impõe que os juízes, ao interpretar outras decisões judiciais, ponderem sobre os argumentos de princípio. Todavia, se a interpretação dos juízes se volta para a legislação, a integridade possibilita que se leve em consideração também os argumentos de política, visando uma melhor descrição e justificação dela[201]. Em razão da importância da ideia de integridade na teoria de Dworkin, é necessário elucidar que ela não se confunde com a noção de coerência, embora ambas sejam intimamente ligadas, uma vez que a integridade aponta para uma concepção de conformidade mais larga do que a ideia de coerência, de forma que esta seria uma espécie de harmonia restrita, enquanto a integridade seria um tipo de harmonia ampla. A coerência indica uma conformidade com as decisões passadas relativas ao caso concreto, ao passo que a integridade abrange essa harmonia, mas vai além dela, porquanto, além de coerência com as decisões anteriores pertinentes ao caso, é indispensável também consonância com os princípios de moralidade de uma comunidade, que muitas vezes não são tratados diretamente no caso concreto, mas de forma esparsa no ordenamento jurídico por meio de normas variadas. Com isso, a integridade possibilita, inclusive, a própria modificação das decisões anteriores, que seriam respeitadas pela coerência, porque seus referenciais conformativos são mais largos, já que inclui também os padrões morais[202].

---

[201] Dworkin diz: “A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem. Já que Hércules está agora justificando uma lei, e não um conjunto de precedentes do *common law*, a restrição particular que identificamos no capítulo VII não mais se mantém: ele deve levar em consideração tanto as justificativas políticas quanto as de princípio, e, em alguns casos, poderia ser problemático decidir qual forma de justificativa seria mais apropriada.” Mais à frente, em nota de rodapé, Dworkin fala: “Embora a integridade seja, por definição, uma questão de princípio, Hércules deve preferir uma descrição de qualquer lei específica que também mostre um alto nível de coerência em política, pois de outro modo sua justificativa não mostra o fato legislativo sob uma luz favorável.” (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, páginas 405 e 406, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

[202] Dworkin apresenta um exemplo sobre a diferença entre integridade e coerência: “A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema jurídico único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. Os exemplos mais claros provêm da deliberação judicial, e escolhi um que apenas ilustra uma vitória parcial da integridade até o momento. Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em

Posteriormente, com o livro *Justiça de toga*, Dworkin se aprofunda na análise do fenômeno da decisão judicial por meio de um desenvolvimento de uma teoria geral do direito. Na citada obra são abordados diversos conceitos do direito: conceito taxonômico do direito, conceito aspiracional do direito, conceito sociológico do direito e conceito doutrinário do direito. Como o conceito doutrinário de direito é o principal em *Justiça de toga*, Dworkin o explora através da elaboração dos seguintes elementos: critérios, espécies naturais e interpretação. No primeiro, há a necessidade de existir critérios para que o conceito seja partilhado pelas pessoas, como se verifica nos próprios exemplos de Dworkin a respeito dos conceitos de solteiro e triângulo equilátero, cujos parâmetros são, respectivamente, não estar casado e ter os três lados do mesmo tamanho. No segundo, o conceito diz respeito à natureza, isto é, as pessoas compartilham conceitos que dizem respeito à animais, plantas, pedras etc. No terceiro, é exigido dos juristas intepretação dos fenômenos, de modo que há ponderação sobre uma prática partilhada. Se para muitos juristas o conceito doutrinário de direito é baseado em critérios ou em espécies, para Dworkin o conceito doutrinário de direito é, nas sociedades mais desenvolvidas, um conceito interpretativo, em que os juristas imputam às práticas jurídicas propósitos e valores. Todos estes conceitos compõem, segundo Dworkin, o estágio semântico, que é a primeira etapa de uma teoria do direito, que ao todo é composta por quatro fases: (i) estágio semântico, (ii) estágio teórico, (iii) estágio doutrinário e (iv) estágio da decisão judicial. Na etapa seguinte, como os juristas já escolheram seu conceito doutrinário de direito no estágio semântico, baseado em critério, espécies naturais ou em interpretação, eles devem desenvolver teorias do direito em consonância com seu conceito selecionado. Daí porque esta fase recebe o nome de estágio teórico, visto que os juristas criam teorias jurídicas a partir dos seus conceitos doutrinários escolhidos. Dworkin, que acredita ser o conceito de direito interpretativo, elabora nesta etapa uma teoria do direito em que a moralidade está incluída, visto que a prática

---

sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada." (...) Adiante, Dworkin diz: "Contudo, uma vez que entendamos a diferença entre integridade e coerência estrita, esse contraste torna-se cada vez mais complexo. A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental." (*O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes Editora, 2014, páginas 264 e 265, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

jurídica é adequadamente justificada, em seu entendimento, por valores morais. E é relevante frisar que no estágio teórico as teorias jurídicas são elaboradas levando em consideração os valores identificados. No estágio doutrinário interessa analisar se são verdadeiras as proposições jurídicas de uma dada teoria do direito, ou seja, consoante os valores reconhecidos no estágio teórico, o jurista busca relatar as condições de veracidade das proposições. No estágio doutrinário Dworkin defende uma teoria distinta da tradição jurídica, destacando o princípio da integridade, que foi apresentado por ele no livro *O império do direito*. Analisando acima o ideal de integridade, constatou-se que tal princípio é um instrumento que possibilita, para Dworkin, eliminar o poder discricionário dos juízes em seu sentido forte. Assim, no pensamento dworkiniano, tanto no estágio teórico quanto no estágio doutrinário, a moral está presente, de forma que as condições de veracidade de uma proposição jurídica decorrem dos princípios morais. Se no estágio teórico a moralidade é identificada como valor necessário à teoria de direito de Dworkin, no estágio doutrinário os valores morais possibilitam a melhor interpretação do direito, tornando, assim, uma proposição jurídica verdadeira. É que a verdade de uma proposição jurídica, no entendimento de Dworkin, não decorre de elementos externos, mas de interpretações e argumentações internas ao direito, relativas à prática jurídica. O que importa destacar é que a noção de verdade no direito, conectada a uma concepção de objetividade jurídica, é fundamental para Dworkin defender sua polêmica tese da única resposta correta, a qual é, por sua vez, necessária para que Dworkin invalide a discricionariedade em sentido forte. Dessa maneira, chega-se à última etapa: o estágio da decisão judicial. Este diz respeito à atuação dos juízes e sua relação com a moral em determinadas situações, especificamente se o Poder Judiciário está obrigado por princípios de moralidade em alguns casos a ignorar ou mesmo opor-se à legislação. O que é relevante salientar neste estágio é o fato da teoria do direito de Dworkin abarcar uma teoria da decisão judicial, conforme ele próprio reconhece[203].

[203] Dworkin escreve: “Podemos admitir que, em determinadas ocasiões excepcionais, os juízes devem repudiar ou ignorar a lei naquilo que fazem, mas devemos contar com uma expectativa permanente de que não agirão desse modo, de que decidirão de acordo com o que consideram que as proposições verdadeiras de direito exigem ou permitem. Para nós, uma teoria da doutrina é parte indispensável de uma teoria da decisão judicial e praticamente a esgota, não porque acreditemos na obrigação moral de obedecer à lei, mas porque, dada nossa percepção de como funciona o conceito doutrinário do direito, devemos presumir isso, a fim, inclusive, de elaborar uma teoria da doutrina jurídica.” (*A justiça de toga*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2019, página 29, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

Porém, Dworkin rebate alguns juristas que afirmaram ser sua teoria do direito somente uma teoria da decisão judicial, indicando o estágio semântico que esses juristas tomaram[204]. Em relação à teoria da decisão judicial de Dworkin, pautada sobretudo no princípio de integridade, é essencial destacar que ela elimina o poder discricionário em sentido forte, em seu entendimento, precisamente porque os princípios de moralidade se manifestam como padrões obrigatórios de julgamento pelo Poder Judiciário e permitem obter repostas corretas, inclusive nos casos difíceis, através da melhor interpretação e argumentação dos mesmos.

3.4.1. A discricionariedade em sentido forte e a discricionariedade em sentido fraco: uma análise crítica da distinção feita por Ronald Dworkin

Embora cada jurista analisado neste capítulo tenha uma visão particular sobre o fenômeno da discricionariedade judicial, todos concordam que os juízes têm poder discricionário, inclusive Dworkin, pelo menos em seu sentido fraco. Neste sentido, há um consenso quanto à existência de um certo espaço de liberdade de decisão do Poder Judiciário, mas há um dissenso quanto às situações e ao tamanho deste espaço de discricionariedade. E nenhum dos juristas aqui examinados acredita que o poder discricionário dos juízes é absoluto, porque senão o direito não seria direito, mas algo como arbitrariedade judicial, algo derivado da mera vontade dos juízes, de forma que a segurança jurídica seria extirpada do sistema jurídico, bem como os princípios da legalidade e da democracia, entre outros. Dworkin vai além destes juristas, porque acredita que não há discricionariedade judicial em sentido forte, ou seja, o espaço de discricionariedade é menor no pensamento dworkiniano do que no entendimento dos demais juristas aqui analisados. Dworkin pensa que a sua teoria do direito como integridade é superior às teorias positivistas, sendo que uma das vantagens dela, na

[204] Dworkin diz: “Poderíamos, inclusive, dizer que uma teoria da decisão judicial não faz parte, absolutamente, de uma teoria do direito. De fato, os filósofos do direito que adotam essa concepção do caráter filosófico do conceito doutrinário do direito podem dizer, como fazem alguns dos meus críticos, que minha teoria doutrinária com base na integridade é apenas uma teoria da decisão judicial, e não uma teoria do direito. Essa afirmação se torna possível devido à decisão que eles tomaram no primeiro estágio da teoria jurídica, o estágio semântico.” (*A justiça de toga*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2019, página 30, tradução de Jefferson Luiz Camargo).

visão dworkiniana, é a eliminação da discricionariedade judicial, no seu sentido forte. Assim, como Dworkin propõe uma superação do poder discricionário – forte – dos juízes, a ele cabe o foco principal neste específico assunto, até porque as principais críticas à discricionariedade judicial no Brasil se fundamentam, sobretudo, na sua concepção de direito como integridade[205].

É necessário começar por um fato que muitas vezes é deixado de lado no debate jurídico, especialmente em terras brasileiras, mas que tem consequências importantes para entender o fenômeno da decisão judicial: Dworkin reconhece que os juízes têm poder discricionário. Logo, é estranho e equivocado pensar que o positivismo é superado pela teoria dworkiniana, entre outros móvitos, porque a discricionariedade é eliminada. Claro, o correto é dizer que a teoria do direito como integridade de Dworkin expulsa do mundo jurídico o poder discricionário em sentido forte e não o poder discricionário em sentido fraco. Mas a discricionariedade em sentido fraco não é poder discricionário? Sim, evidente que é. Então, a discricionariedade em sentido fraco é de fato poder discricionário, mas não é relevante? O inimigo é a discricionariedade em sentido forte, sendo ela a única responsável por uma possível atuação do Poder Judiciário arbitrária, ilegal, inconstitucional, ilegítima, injusta etc.? O primeiro ponto a ser destacado é que a divisão do poder discricionário em sentido forte e em sentido fraco é um jogo de linguagem dworkiniano, ou seja, não é uma concepção adotada por outros grandes juristas, como os aqui examinados. Kelsen e Hart, entre outros, não estabelecem essa distinção, de forma que ela é uma particular criação de Dworkin. Essa distinção é útil? Sim, quanto mais jogos de linguagem sobre as práticas jurídicas, mais possibilidades de um melhor entendimento. O problema é que esta diferenciação não capta todo o problema que está em jogo em uma decisão judicial, bem como serve de forma artificial e equivocada como instrumento de superação da discricionariedade dos juízes. Ora, fazer uma distinção, de certa forma arbitrária, e com ela atacar a parte

[205] Lenio Luiz Streck é provavelmente o mais renomado jurista brasileiro que, em diferentes e excelentes livros, faz fortes críticas ao poder discricionário do Poder Judiciário. Nesse momento, é oportuno destacar a seguinte declaração de Streck: “Em minhas obras, essas descobertas de Dworkin fornecem um aporte significativo às minhas propostas. Todavia, procuro ir além em diversos aspectos a partir da construção daquilo que passei a chamar de *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada*. Outro elemento aproximador – entre minhas teses e as de Dworkin – diz respeito à tentativa de responder ao problema da ‘ausência do critério empírico de verificação’, sem cair em uma espécie de *jusnaturalismo tardio*.” (*Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Editora Saraiva*jur*, 2017, página 48).

que interessa, ou melhor, que é possível atacar, é um modo ilegítimo de tentar eliminar algo que não pode ser expulso do sistema do direito. Nesse contexto, a teoria dworkiniana realmente consegue eliminar a discricionariedade em sentido forte, desde que tal discussão se mantenha nas ideias e no jogo de linguagem de Dworkin, de forma que o poder discricionário forte do juiz é aquele que não tem parâmetros normativos. Esta tese procura demonstrar que, mesmo havendo critérios normativos, em certas situações pode haver um forte poder discricionário do Poder Judiciário. A discricionariedade não pode ser extirpada do Poder Judiciário, mas apenas mitigada, controlada, fiscalizada etc. É impossível expelir o poder discricionário dos juízes do mundo jurídico, especialmente por meio de produções teóricas, como será demonstrado no decorrer deste capítulo. Aliás, se na própria ciência do direito é comum o dissenso a respeito de diversos problemas jurídicos, é absolutamente normal haver também desacordos no Poder Judiciário. Realmente, como os juristas não têm um consenso acerca de diversos dilemas jurídicos, a consequência é a criação de teorias jurídicas divergentes. Dissentimentos são também comuns no Poder Judiciário, especialmente quando se trata de casos difíceis, que geram decisões judiciais variadas, com fundamentações muito diferentes, situações estas que ratificam, pela própria prática judicial adequada ao texto constitucional, o poder discricionário dos juízes.

Antes da análise do poder discricionário em sentido forte, é preciso fazer algumas ponderações sobre a discricionariedade em sentido fraco. Constatou-se no tópico sobre Dworkin que o poder discricionário em sentido fraco tem dois tipos. O primeiro é representado pelo exemplo do militar que dá uma ordem para seu subordinado escolher os cinco homens mais experientes para uma missão. Transpondo este poder discricionário em sentido fraco para o âmbito das decisões judiciais, pode-se dar como exemplo o poder dos juízes de fixar a pena em um processo criminal. O fenômeno da dosimetria da pena é um exemplo concreto de discricionariedade judicial, visto que para a fixação da pena de um crime os juízes levam diversos critérios em consideração, alguns precisos, como a idade do criminoso, e outros vagos, como se depreende de diversas expressões do Código Penal: ter o agente cometido o crime *“por motivo de relevante valor social ou moral”*

ou *"sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima"*[206]. É possível questionar, inclusive, se esta situação é indubitavelmente o caso de poder discricionário em sentido fraco, pois os juízes podem atenuar a pena, entre outros motivos, por condições não previstas expressamente em lei, desde que a circunstância seja relevante, não importando se é anterior ou posterior ao crime[207]. Mas neste caso a discricionariedade é em sentido fraco, realmente, conforme a perspectiva dworkiniana, porquanto a lei fixa os limites da pena, isto é, apesar de os juízes terem o poder discricionário de estabelecer penas diferentes para uma mesma espécie de crime, eles não têm o poder de ultrapassar os limites legais da pena previstos no Código Penal.

Se este poder discricionário não apresenta maiores controvérsias quanto ao seu sentido fraco, já não é possível afirmar o mesmo acerca do outro tipo de discricionariedade mencionado por Dworkin: o poder discricionário que decorre dos juízes cujas decisões não podem ser revistas por nenhum outro órgão do Poder Judiciário. Será que o poder discricionário de um ministro do Supremo Tribunal Federal é em sentido fraco? O critério essencial para Dworkin distinguir entre os sentidos fraco e forte de uma discricionariedade é a existência ou não de parâmetros normativos que limitam o poder de decisão dos juízes. Aqui há certa indeterminação, pois em um sentido amplo sempre há alguma espécie de padrão guiando a atuação dos juízes, além dos princípios morais de Dworkin, porquanto, na falta de enunciados normativos específicos, há os costumes, os princípios gerais do direito, a analogia, os precedentes etc. Contudo, estes paradigmas mais abstratos não excluem de forma alguma o poder discricionário dos juízes. Tal fato é muito mais evidente quando se trata da autoridade de última instância, pois sua margem de decisão é ampliada não

---

[206] O Código Penal, estabelece: "Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – o desconhecimento da lei; III – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou".

[207] O Código Penal prescreve: "Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Art. 67 – No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

só porque as normas constitucionais podem ser conflitantes ou terem um conteúdo vago ou ambíguo, mas, simplesmente, porque tais juízes têm a palavra final. Nesse contexto, é conveniente aqui apresentar as noções de validade jurídica contestável e de validade jurídica incontestável. A primeira indica as decisões judiciais que podem ser questionadas por outro órgão do Poder Judiciário, ou seja, se refere a enunciados prescritivos que introduzem uma validade jurídica discutível. Logo, a ideia de validade jurídica incontestável significa o oposto, ou seja, a impossibilidade de questionamento da decisão judicial. Os julgamentos das supremas cortes[208] têm a característica de produzir validade jurídica incontestável, isto é, seus enunciados prescritivos não podem ser questionados por nenhum outro órgão, seja do Poder Judiciário, seja dos Poderes Executivo e Legislativo, produzindo, assim, decisões definitivas.

A condição de um tribunal de ser o último a julgar uma questão, independentemente de outros motivos, por si só já é suficiente para expandir o poder discricionário dos juízes que compõem tal tribunal, de forma que tal órgão do Poder Judiciário tem o poder de criar validade jurídica incontestável. Bastar verificar diversas decisões de ministros do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, para concluir que a discricionariedade derivada dessa condição de última autoridade a decidir não é de jeito nenhum fraca, mas inquestionavelmente forte. Para demonstrar a veracidade da afirmação supra, é propício analisar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, relativamente à tentativa de reeleição dos presidentes da Câmara do Deputados (Rodrigo Maia) e do Senado Federal (Davi Alcolumbre), em que o resultado foi desfavorável a ambos os parlamentares, mas com clara e disputada divergência de votos, sendo o placar de 7x4 contra o primeiro e de 6x5 contra o segundo. E o que estava em jogo neste julgamento? A interpretação e aplicação do §4º do artigo 57 da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 57. (...)
>
> § 4º Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

[208] Além dos tribunais supremos de cada país, os tribunais superiores – como o STJ, o TST, o TSE e o STM, por exemplo, no Brasil – também podem em algumas situações específicas, relativamente à certas matérias, gerar validade jurídica incontestável. Feita essa observação, a análise aqui é focada na atuação do STF, notadamente para facilitar a exposição da ideia.

Se Dworkin defende que não há discricionariedade em sentido forte, uma vez que, na ausência de regras e precedentes, há sempre os princípios morais – muitas vezes indeterminados, frise-se –, imagina então no caso ora em discussão, em que o significado da norma constitucional é claro, porque o citado parágrafo §4º do artigo 57 não se utiliza de palavras e expressões vagas, tais como moralidade, justiça, eficiência, interesse público, soberania nacional, decoro parlamentar, abuso do poder econômico, razoável duração do processo, integridade nacional, grave comprometimento da ordem pública etc., mas de termos com conceitos com contornos precisos, com sentidos categóricos no contexto em que é empregado. Afinal, não é muito penoso entender neste contexto os significados das palavras legislatura, mandado, recondução, eleição, subsequente etc. E mais, no citado dispositivo constitucional há referência numérica – 2 (dois) anos – que confere mais precisão ao parágrafo. Pois bem, mesmo com uma norma clara desse tipo, houve uma forte divergência entre os juízes. Interessa demonstrar com esse exemplo como é forte o poder discricionário daqueles que estão no topo do Poder Judiciário, mesmo quando há padrões jurídicos, expressos e claros, acerca de um caso concreto.

Analisando os votos dos ministros não dá para negar o brilhantismo das fundamentações, de ambos os lados. Em relação aos votos vencidos, é oportuno trazer aqui, ainda que superficialmente, a excelente fundamentação do ministro relator, que começa transitando pelo direito comparado para justificar que a tese da proibição de reeleição não é absoluta, trazendo como casos paradigmáticos o Parlamento da Inglaterra e os Congressos dos Estados Unidos e da Espanha. Depois a justificação salta do direito comparado para o direito brasileiro, mas de um ponto de vista histórico, afirmando que as constituições brasileiras anteriores eram econômicas em relação ao assunto, de modo que se restringiam a estabelecer certas competências para as Casas do Poder Legislativo, sem dispor, contudo, sobre específicas regras de reeleição das Mesas das Casas do Congresso Nacional. A limitação de recondução nos cargos das Mesas das Câmaras dos Deputados e do Senado veio com o Regime Militar (1964-1985)[209]. Após justificativas embasadas no

[209] Verifique-se um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Que a proibição de reeleição de Membro da Mesa, positivada em 1969, traduz descompasso com o constitucionalismo, em geral, e promove ruptura com a história institucional do Poder Legislativo brasileiro, em particular, isso é constatação que dispensaria desenvolvimentos adicionais.” (STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 12 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21)

direito comparado e na história das constituições brasileiras, a fundamentação é guiada pelo fenômeno da interpretação conforme à Constituição, que se utiliza, entre outras ideias, da diferença entre texto e norma para possibilitar uma reconstrução harmônica do ordenamento jurídico. Ademais, o relator destaca que as normas constitucionais têm uma plasticidade, notadamente as relativas às atividades do Poder Legislativo, que são obstáculos para uma simples subsunção ao caso. Destarte, após múltiplas justificações, o voto diz que o trecho final do §4º do artigo 57 não pode ter um peso normativo exagerado, uma vez que não exaure o assunto, não podendo, assim, seu sentido e sua relevância serem superestimados, de forma que deve ser interpretado em conjunto com outros dispositivos constitucionais, na medida em que a formação da Mesas das Casas do Poder Legislativo é assunto cujo início e fim não convivem no citado §4º do artigo 57. Dessa forma, mesmo o Regimento Interno das Casas do Congresso Nacional contrariando expresso texto constitucional, não resultaria necessariamente em inconstitucionalidade[210]. Para afastar a integral aplicação do §4º do artigo 57 a decisão se baseia em outras normas, especialmente no princípio da autonomia organizacional das Casas do Congresso Nacional. O voto proferido pelo relator julgou parcialmente procedente o pedido para *"declarar, sem redução de texto, a inconstitucionalidade de interpretação dos dispositivos do art. 59 do RISF e do art. 5º, caput e § 1º, do RICD que acarrete imediata e genérica proibição de reeleição ou recondução sucessiva de Membro da Mesa para o mesmo cargo, permitindo-se, como direta decorrência do princípio da separação dos poderes e da cláusula constitucional da autonomia do Poder Legislativo (art. 2º, art. 51, III, IV, e art. 52, XII e XIII, CF), que os Membros das respectivas Casas do Congresso Nacional*

[210] Confira-se um trecho do voto do relator: "Assim, também por essa via divisamos que a pontual derrotabilidade do art. 57, § 4º, da Constituição – seja por meio do Regimento Interno ou por outros expedientes de fixação de entendimento próprios à atividade parlamentar –, não necessariamente redundaria em inconstitucionalidade. Determinadas conjunturas e situações de fato podem não apenas reputar desejável, como também exigir que a vedação à recondução para o mesmo cargo da Mesa possa ser objeto de exceção: desde que assim a Casa do Congresso Nacional repute necessário para fins de preservação de sua autonomia constitucional, consoante exsurge da conjugação sistemática do artigo 2º; artigo 51, III e IV; artigo 52, XII e XIII, todos da Constituição Federal. Importa registrar que não me convence o argumento que identifica no art. 57, § 4º, CF uma regra estrita, espécie de 'pré-decisão' tomada acerca da matéria que encerra, e que, só por isso, configuraria condição suficiente para afastar a incidência do princípio da autonomia organizacional das Casas do Congresso Nacional. Como ensina Robert Alexy, tanto a regras quanto os princípios têm caráter *prima facie* (cada qual à sua maneira); no caso das regras sua pretensão de definitividade pode ser afastada por cláusulas de exceção, cuja inserção pode se dar por força de um princípio". (STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 64 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21).

tenham a prerrogativa de, em sede regimental, por questão de ordem ou mediante qualquer outro meio de fixação de entendimento próprio à atividade parlamentar, deliberar especificamente sobre a matéria, desde que observado, em qualquer caso, o limite de uma única reeleição ou recondução sucessiva ao mesmo cargo da Mesa"[211].

Por outro lado, os votos vencedores, também com excelentes fundamentações, focalizaram, entre outros aspectos, no significado claro e preciso do texto normativo. Evidente que não se reduziu a este ponto, mas tal fato foi efetivamente um fator que norteou a justificação das decisões desses Ministros, os quais enfatizaram que interpretações diferentes implicariam negar vigência ao mandamento constitucional[212]. O voto da Ministra Rosa Weber reconhece que não é possível interpretar uma proibição como uma permissão, sendo o significado cristalino do citado §4º do artigo 57[213]. O ministro Luis Barroso também assevera que não dá para superar a semântica do texto do §4º do artigo 57 no caso questionado[214]. Por sua vez, o voto do Ministro Marco Aurelio igualmente realça a clareza o §4º do artigo 57[215].

---

[211] STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 74 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21).

[212] Confira-se um trecho do voto do Ministro Luiz Fux: "No caso *sub examine*, a regra constitucional é direta e objetiva. O artigo 57, § 4º de seu texto dispõe que (...). Como se vê, o verbete de referência não consiste em norma principiológica, com elevado grau de abstração, ou que comporte múltiplos sentidos. A regra estabelece que as mesas diretoras terão mandatos de dois anos. Nesse sentido, depreende-se que cada legislatura, que tem duração de 4 anos, comportará duas composições diretoras, eleitas bienalmente. No entanto, a regra impede a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente a do primeiro ano da legislatura. Nesse ponto, a norma constitucional é plana: não há como se concluir pela possibilidade de recondução em eleições que ocorram no âmbito da mesma legislatura sem que se negue vigência ao texto constitucional". (STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 3 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21).

[213] Verifique-se uma passagem do voto da Ministra Rosa Weber: "A mera leitura do dispositivo constitucional evidencia inequívoco seu teor normativo, e o processo hermenêutico, é de usual sabença, estabelece limitações semânticas. De todo inviável, diante da literalidade do texto transcrito, compreender 'permitido' onde a Constituição consigna 'vedado'. Não há alternativa: 'vedada a recondução' significa que os congressistas integrantes da Mesa na condição de membros eleitos não podem ser conduzidos novamente, na eleição imediata, ao mesmo cargo". (STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 9 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21).

[214] Um trecho do voto do Ministro Luis Barroso diz: "A segunda dificuldade é que a literalidade de um texto não é a única ou a melhor forma de interpretá-lo, mas as possibilidades semânticas que o texto oferece figuram como limite ao papel do intérprete". (STF, ADI nº 6524, Relator: Ministro Gilmar Mendes, página 10 do voto, Julgamento: 15/12/2020, publicação: 06/04/21).

[215] Confira-se um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: "A intepretação conforme à Constituição Federal e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto pressupõem ato normativo que revele duplo alcance, ambiguidade, que possa merecer esta ou aquela interpretação. Há o risco de, a

Todos os votos vencedores reconheceram a literalidade da norma constitucional, cuja semântica não admite torções. Cabe ressaltar que o voto vencido do Ministro Relator Gilmar Mendes é o que apresentou a fundamentação mais profunda e longa sobre o caso, a qual se fez necessária para modificar o sentido claro do texto constitucional (§4º do artigo 57). Os votos vencedores apresentaram fundamentações diversas e não muito extensas, bem como não focaram exclusivamente na clareza da norma e na impossibilidade de alargar seu sentido. Porém, este foi o ponto que procurou aqui dar destaque, já que tratou de questão pacífica e inquestionável nos votos vencedores. Esta específica questão tem fundamental importância na discussão do tema da discricionariedade com Dworkin, pois o padrão normativo a ser seguido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal é claro: o sentido do §4º do artigo 57 não é elástico. Ora, se em um caso com um padrão normativo absolutamente claro alguns juízes mudam o sentido do texto – o placar foi 7x4 contra a reeleição de Rodrigo Maia e 6x5 contra a reeleição de Davi Alcolumbre –, afigura-se mais perceptível ainda o poder discricionário dos juízes para julgar casos realmente difíceis, em que há conflitos entre os padrões normativos ou eles são vagos ou ambíguos. Dworkin entendeu que o poder discricionário em sentido forte ocorre quando não há padrões normativos que vinculem o juiz. E está certo especificamente em relação a este ponto. Todavia, Dworkin não enxergou o quão forte é a discricionariedade judicial quando, mesmo havendo padrões normativos a serem observados, estes podem ser desprezados ou torcidos pelos juízes dos tribunais supremos, tendo em vista que seus julgamentos não podem ser reformados por nenhum outro órgão, já que eles produzem decisões judiciais com validade jurídica incontestável. Realmente, o poder discricionário destes juízes não tem absolutamente nada de fraco, porque eles podem dizer, por exemplo, que é permitido aquilo que o texto constitucional explicitamente estabelece como proibido, só para ficar no caso da reeleição supra descrito. Assim, há um equívoco na classificação dworkiniana da discricionariedade em sentido fraco,

---

esse pretexto, redesenhar-se as normas em exame, assumindo o Supremo – contrariando, e não protegendo, a Carta da República – o papel de legislador positivo ou órgão consultivo. Não cabe atuar fazendo recomendações. Indaga-se: o § 4º do artigo 57 da Lei Maior enseja interpretações diversas? Não. É categórico. A parte final veda, de forma peremptória, sem o estabelecimento de qualquer distinção, sem, portanto, albergar – o que seria um drible – a recondução para o mesmo cargo na eleição imediata. O vocábulo tem sentido único: o de inviabilizar que aquele que exerceu o mandato, aquele que esteve na Mesa Diretora, concorra ao subsequente. A interpretação é conducente à conclusão de ser possível, a quem já foi Presidente de uma das Casas, voltar ao cargo, desde que em mandato intercalado."

relativa às decisões das autoridades máximas do Poder Judiciário, porque estas têm o poder de, diante de padrões adequados e legitimamente fixados, ignorá-los ou entortá-los. A ideia de validade jurídica incontestável ratifica o equívoco do entendimento de Dworkin. Deveras, o pensamento dworkiniano acerca da única resposta correta é baseado na melhor interpretação possível a respeito de um caso. Ora, diante do poder de gerar uma validade jurídica que não pode ser questionada, um tribunal supremo não é necessariamente constrangido realmente a buscar a melhor interpretação, nem apresentar as melhores justificativas. E precisamente porque há o poder de produzir validade jurídica inquestionável, não tem força normativa alguma os argumentos contrários à decisão judicial nesses casos, ainda que corretos ou mais adequados do ponto de vista da ciência do direito.

O poder discricionário em sentido forte pensado por Dworkin pode ser superado, em tese, pela interpretação de normas morais ou, ainda, pela produção de dispositivos legais ou constitucionais, pois com a edição de tais atos normativos, seriam inseridos padrões normativos no ordenamento jurídico que regeriam as decisões dos juízes. No entanto, em relação à discricionariedade dos juízes dos tribunais máximos, nem a criação de uma norma constitucional seria por si só capaz de eliminar tal poder, visto que ela poderia ser dobrada ou simplesmente ignorada por interpretações e fundamentações engenhosas, tendo em vista que, sendo ou não corretas as justificativas, a decisão judicial proferida por um tribunal supremo de qualquer forma cria uma validade jurídica que não admite questionamentos. O poder discricionário dos juízes dos tribunais máximos de um país é indubitavelmente forte, de forma que se revela inapropriada a concepção de Dworkin. Claro que no caso aqui exemplificado pode-se pensar que está mais para uma forma de arbitrariedade judicial do que para uma espécie de discricionariedade judicial, já que é claro o conteúdo semântico do §4º do artigo 57 da Constituição. O problema está no fato de que tais tipos de decisões proferidas por tribunais supremos produzem validade jurídica incontestável. Ademais, as decisões dos ministros do STF foram bastante fundamentadas, especialmente a do relator, que torceu o sentido do §4º do artigo 57 da Constituição. Se a condição de ser juiz de um tribunal supremo gera por si só um forte poder discricionário, quando se trata de enunciados normativos com conceitos vagos ou ambíguos ou que há conflitos entre eles, afigura-se patente e inegável uma forte discricionariedade do tribunal máximo do Poder Judiciário. Não há penalização jurídica para as interpretações equivocadas dos tribunais supremos, de modo que eles

podem ter práticas linguísticas jurídicas distorcidas sem quaisquer consequências no âmbito normativo, restando, apenas, algumas formas de protestos sociais ou tentativas de constrangimentos acadêmicos no campo da ciência do direito, mas sem qualquer efetividade jurídica em relação ao caso já julgado.

O problema da distinção dworkiniana não se reduz ao aspecto acima mencionado. Deveras, na citada caracterização desta espécie de discricionariedade em sentido fraco, Dworkin, pode-se assim dizer, olha só para cima, no sentido de que não há nenhuma autoridade revisora das decisões, mas esquece de olhar para baixo, no sentido dos efeitos provocados nos juízes de instância inferior. Dizendo de outra forma: as decisões das autoridades máximas do Poder Judiciário têm repercussão na discricionariedade dos juízes que estão abaixo deles, seja expandindo, seja restringindo. É inquestionável que as decisões dos ministros do STF, inclusive interlocutórias, servem de embasamento e referência para a comunidade jurídica em geral, não só para os juízes. As próprias fundamentações das decisões dessas autoridades máximas são muitas vezes utilizadas para alicerçar demandas das partes ou decisões de outros juízes. E mesmo nos casos em que as decisões do STF são uniformes do ponto de vista do resultado, as fundamentações de cada ministro são usualmente diferentes, as vezes completamente distintas. Com isso, as fundamentações e as decisões variadas dessas autoridades podem servir, em certas situações, como instrumentos de expansão do poder discricionário dos juízes inferiores. Isso decorre porque são introduzidos no ordenamento novos padrões jurídicos, os quais têm força precisamente por serem derivados das autoridades máximas do Poder Judiciário. Para ficar claro, pegue-se o exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal envolvendo a possibilidade de prisão em segunda instância, sem o trânsito em julgado. Caso seja permitida a prisão nestas circunstâncias, em que o valor envolvido é um dos mais fundamentais em um Estado de Direito, já que diz respeito à liberdade, é absolutamente possível replicar tal decisão, com os devidos ajustes, evidentemente, para outras áreas do direito que não se referem a valores tão importantes como a liberdade. Assim, é possível executar, em áreas como o direito tributário, direito administrativo, direito ambiental, direito civil, direito econômico etc., certas decisões judiciais sem o respectivo trânsito em julgado, ou seja, os juízes de primeira instância podem ter seu poder discricionário ampliado a partir de decisões dos tribunais supremos, precisamente porque estes geram validades jurídicas indiscutíveis. Se neste tópico demonstrou-se a inadequação da

visão de Dworkin acerca da discricionaridade em sentido fraco de um tribunal máximo de um país, no tópico a seguir se demonstrará que não é possível extirpar, nos casos controvertidos, o poder discricionário em sentido forte dos juízes.

3.5. O poder discricionário e o Poder Judiciário

Importa aqui demonstrar porque o poder discricionário é imanente ao Poder Judiciário nos casos difíceis, sendo impossível a sua superação. Embora existam e sejam necessárias, as balizas da discricionariedade judicial nos casos controversos não têm contornos evidentes e exatos. As teorias criadas para a eliminação do poder discricionário dos juízes nos casos duvidosos são impotentes. Primeiramente, cabe ressaltar que os juristas aqui estudados reconhecem, de modos diversos, a existência de poder discricionário para os juízes. Kelsen e Hart entendem a discricionariedade como um fenômeno inevitável na prática jurídica do Poder Judiciário. Claro, cada um destes juristas têm um jeito particular de enxergar a questão, mas eles têm em comum o fato de que os juízes têm poder discricionário – em sentido forte, para dialogar com Dworkin. É inequívoco também que este poder nunca é absoluto, sem qualquer restrição, de forma que um sistema jurídico tem dimensões com discricionariedade judicial e dimensões sem discricionariedade judicial, mas sempre vinculadas à legislação. O poder discricionário dos juízes é sempre um poder relativo, limitado, subordinado etc., vale dizer, não há em um Estado Democrático de Direito uma discricionariedade judicial radical. Deveras, a discricionariedade judicial não significa uma forma de desobediência à legislação, já que o Poder Judiciário é indubitavelmente subordinado às normas legais e constitucionais, ou seja, tanto o Poder Judiciário quanto o poder discricionário dos juízes são vinculados indispensavelmente à legislação, pelo menos quando há um Estado Democrático de Direito, como no caso do Brasil. O problema da discricionariedade judicial não é acerca do grau de vinculação ao Direito, pois aqui defende-se que a subordinação do Poder Judiciário é total. O problema é que o Direito, em muitas circunstâncias, é um vinculador falho, imperfeito, impreciso, insuficiente, ambíguo etc., já que contém em certas situações lacunas de enunciados normativos específicos sobre um caso concreto, textos normativos vagos ou ambíguos, conflitos entre enunciados

normativos etc., isto é, em algumas situações o Direito é um mau subordinador dos juízes, gerando, assim, discricionariedade judicial, sendo tal fato reforçado quando se considera também o caráter existencial dos subordinados, na medida em que cada juiz tem uma existência fática singular. Em razão da complexidade e da multiplicidade de fenômenos do mundo, que se manifestam em diferentes conjunturas históricas e sociais, o Direito incessantemente contém traços de um tipo de obscuridade vinculativa, mormente nos casos controvertidos. Daí porque a vinculação do Poder Judiciário ao Direito, apesar de inegável, tem dimensões que admitem entendimentos díspares acerca de como se dá efetivamente a subordinação dos juízes, de forma que o sistema jurídico reconhece, para certos casos concretos, a validade de decisões judiciais distintas, sendo admitida como legítima a possibilidade de dúvida nos processos difíceis.

No sistema jurídico brasileiro, a concepção de poder discricionário do Poder Judiciário é indissociável da ideia de vinculação à lei, em sentido amplo, vale dizer, a concepção de discricionariedade judicial, no Brasil, não pode ser separada da noção de subordinação ao Direito. Haver poder discricionário do Poder Judiciário em algum caso concreto não significa uma liberdade para decidir sem nenhum parâmetro normativo ou com quaisquer critérios jurídicos ou extrajurídicos, mas sim que não há, nos casos difíceis, padrões normativos absolutos, definitivos, irrefutáveis, incontestáveis etc. Nesse contexto, a presente teoria concorda com Dworkin no sentido de que há sempre padrões normativos que orientam os julgamentos do Poder Judiciário, mas discorda da teoria dworkiniana no sentido de que tais parâmetros normativos eliminam a discricionariedade judicial. A discricionariedade judicial tem uma especial morada, mas não exclusiva, onde não há parâmetros unívocos para decidir ou eles são conflitantes, sendo os casos difíceis seu costumeiro lugar de habitação, onde são possíveis racionalidades jurídicas díspares sobre uma mesma questão, de maneira que a dúvida e a possibilidade do erro são legítimas por parte do Poder Judiciário. Discricionariedade judicial não significa simplesmente uma espécie de ausência de padrões normativos para julgar, mas sim que eles têm uma certa opacidade e/ou elasticidade, variando segundo o caso concreto ou, ainda, que há claros conflitos entre parâmetros normativos diferentes que podem ser aplicados em um mesmo caso. É relevante repetir que o próprio Dworkin reconhece expressamente que no sistema do direito há o poder discricionário dos juízes, mas em sentido fraco, ou seja, no pensamento dworkiniano há também âmbitos inevitáveis de

discricionariedade judicial, ainda que sejam muito mais restritos do que pensam os juristas em geral. No entanto, Dworkin contraria os juristas examinados neste trabalho, porque acredita não existir poder discricionário em sentido forte para os juízes, sendo esse tipo de discricionariedade eliminável por uma interpretação correta, baseada sobretudo nas normas morais de uma comunidade. Assim, em relação à visão de Dworkin sobre a discricionariedade judicial em sentido forte, insta salientar que, como se demonstrou acima, é inadequada a aludida divisão teórica no que diz respeito ao sentido fraco por ele atribuído à discricionariedade dos tribunais supremos, que são aqueles que têm a decisão final em um processo judicial e por isso produzem validade jurídica que não pode ser questionada.

Frisou-se acima que Dworkin cria uma espécie de artifício para tentar superar o poder discricionário dos juízes, argumentando que há duas espécies de discricionariedades – fraca e forte – e que uma dessas não é admissível: a discricionariedade em sentido forte. Não obstante as brilhantes ideias dworkinianas apresentadas em sua teoria do direito como integridade, o poder discricionário não pode ser suprimido em um sistema jurídico. Para aprofundar essa questão é importante evocar as ideias desenvolvidas no primeiro capítulo a respeito da existência fática e da normatividade existencial. A analítica existencial heideggeriana é importantíssima para lidar com o tema, uma vez que o sistema do direito é derivado da existência fática humana, isto é, o mundo do direito remete a um fenômeno histórico e social que tem na base de sua criação o ser-aí. E por ser o direito um fenômeno praticado, teorizado, vivenciado, sentido etc. pelo ser-aí, todo sistema jurídico terá perpetuamente intrínsecas conexões ontológicas com este ente finito, limitado, histórico, social, afetivo etc. Logo, os sistemas jurídicos jamais serão perfeitos, vale dizer, nunca há um sistema do direito onisciente, onipresente e onipotente. E a analogia com a capacidade de um ser absoluto (Deus) é para destacar categoricamente que o ser do direito é inevitavelmente caracterizado por imperfeição, impotência, insuficiência, temporalidade, limitação, conjecturas, facticidade etc. Assim, é preciso enfatizar que o poder discricionário dos juízes tem uma especial relação com as imperfeições e insuficiências dos sistemas jurídicos e dos seres humanos. Daí porque é propício analisar o fenômeno da discricionariedade judicial em concatenação com o tema da existência fática e com a ideia de uma normatividade existencial, uma vez que a interpretação de cada juiz tem infalivelmente um cunho existencial. Streck diz que *“todo positivismo conceitual é frágil e problemático, porque*

desconhece dois elementos profundos que marcam a experiência jurídica: em primeiro lugar o caráter radicalmente interpretativo do Direito (não existe Direito imune à interpretação); por outro lado, e em consequência desse primeiro "esquecimento", o excessivo apego aos critérios empíricos de justificação"[216]. Streck está correto ao destacar o traço interpretativo do direito. Contudo, esta tese vai além e acentua que o caráter radicalmente interpretativo do direito pressupõe o caráter radicalmente existencial do ente – ser-aí – que interpreta o direito[217].

Elucidou-se no primeiro capítulo que a existência fática do juiz pode ser tendenciosa ou pretensamente neutra em relação ao caso concreto. É importante relembrar que não existe tal distinção na analítica existencial heideggeriana, mas ela é útil e relevante no mundo jurídico, especialmente no que tange às decisões judiciais. Realmente, há processos que são indiferentes para um particular juiz do ponto de vista afetivo, político, econômico, de seu mundo circundante etc. Nestas circunstâncias, há um juiz com uma existência fática supostamente neutra em relação ao caso concreto, o que potencializa, mas não garante, a sua imparcialidade jurídica. Uma facticidade pretensamente neutra e um comportamento imparcial do juiz não significam uma superação da discricionariedade diante de um caso difícil, de modo que ele ainda terá obstáculos para encontrar uma única resposta correta, mesmo utilizando padrões normativos diversos para suprir lacunas normativas específicas ou a indeterminação ou a ambiguidade de certos conceitos jurídicos, vale dizer, não será o mero emprego de princípios de moralidade ou do princípio da integridade, pensados por Dworkin, que suprirá seu poder discricionário. Por sua vez, uma facticidade tendenciosa remeterá a uma delimitação do espaço de liberdade decisória diante do caso concreto, pois a abertura compreensiva, dispositiva, linguística e decaída do juiz

---

[216] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Editora Saraiva*jur*, 2017, página 48.

[217] Apontando para o traço existencial da interpretação na decisão judicial, o jurista brasileiro Ari Marcelo Solon escreve: "Afinal, não importa que se insista em descrever a interpretação jurídico como subsunção, pois a presença de fatores psíquicos, emotivos e vivenciais, valores e vontades, margeando o momento de cognição que conduz ao oferecimento de uma fundamentação jurídica para cada decisão é inafastável. (...) A maneira como as molduras normativas, isto é, como os indicativos formais serão vivenciados é condicionada por uma escolha não orientada pelo direito positivo. Mediante vasta gama de decisões judiciais concretamente tomadas por juízes e tribunais austríacos, Schreier evidencia a ausência de pontos de referência seguros para interpretação jurídica: o mesmo caso é decidido de maneira diversa por diferentes juízes, com base nas mesmas molduras normativas, mas a partir de princípios hermenêuticos distintos: a partir de um frame diverso, que é adotado existencialmente por diferentes julgadores." (*Hermenêutica jurídica radical.* São Paulo, Marcial Pons Editora, 2018, páginas 91 e 92)

será em uma certa direção, ou seja, mesmo em um processo difícil em que há conflito de valores, de interesses e de normas jurídicas, para este específico juiz pode não haver grandes empecilhos para se manifestar a favor de uma posição, precisamente porque há alguma forma de conexão existencial, afetiva, política, econômica, axiológica etc. em relação ao caso concreto. É por algum motivo derivado da existência fática do juiz que ele não terá dificuldades para encontrar a sua particular resposta correta. Disso não se segue que a discricionariedade é eliminada, mas apenas que diante de um caso concreto um específico juiz não tem maiores hesitações, não tem dúvidas, de modo que não há uma forma de paralisia decisória. Aliás, a diminuição do horizonte de liberdade decisório em razão da existência fática tendenciosa de um juiz, paradoxalmente, ratifica o poder discricionário nos casos controvertidos, uma vez que distintos juízes, com diferentes existências fáticas, visões de mundo e conjuntos de crenças, podem produzir julgamentos díspares ou, ainda que as decisões judiciais sejam na mesma direção, mesmo assim as suas fundamentações usualmente são muito dessemelhantes. Para entender melhor esta questão, é importante considerar a discricionariedade a partir de dois pontos de vista: interno e externo.

O ponto de vista interno da discricionariedade aqui proposto pressupõe dois elementos: juiz e caso concreto. Esta perspectiva interna refere-se à específica prática jurídica de um juiz analisando um dado caso concreto. Nesta situação, pressupondo ser um processo difícil, o juiz decidirá a questão com sua visão em relação ao caso, seja ela decorrente de uma existência fática pretensamente neutra, seja ela derivada de uma existência fática tendenciosa. Sob este prisma interno os juízes podem enxergar que têm ou não discricionaridade diante do caso, isto é, se há ou não uma única resposta correta, dependendo tal ponto de vista, especialmente, de sua abertura compreensiva, dispositiva, linguística e decaída, a qual deriva necessariamente de sua existência fática singular. No que concerne ao ponto de vista externo, este pode ser dividido em dois, o qual pode-se distinguir em uma perspectiva jurídica e uma perspectiva fática. A primeira constitui o olhar das pessoas do mundo do direito – advogados, promotores, delegados, fiscais, professores, juristas etc. –, de modo que a existência fática de cada um orienta sua visão jurídica a respeito da situação, se há ou não discricionariedade, se ela é ampla ou restrita. O segundo ponto de vista externo, diz respeito a um tipo de olhar objetivo, porque não diz respeito à pessoa que irá decidir, de modo que pode até, em certas circunstâncias, ser mensurado

matematicamente, por meio de estatísticas. Essa perspectiva externa aponta para um olhar de fora do sistema jurídico e por isso pode ser objeto de outras ciências. A perspectiva fática aponta para uma análise externa das decisões judiciais já proferidas a respeito de casos iguais ou semelhantes. Por meio desse ponto de vista exterior constata-se que, não obstante teorias e intepretações especiais contra a discricionariedade judicial, ela continua acontecendo concreta e constantemente. Uma visão de fora de um sociólogo, economista, matemático, estatístico etc. facilmente constata que na prática a discricionariedade judicial acontece, com toda força e evidencia, porque apenas na teoria ela consegue ser superada em relação aos casos controversos. Se houver alguma análise estatística – o que não será tão difícil diante da contínua virtualização dos processos judiciais e constante evolução tecnológica – de como um caso envolvendo a mesma questão tem decisões diferentes pelo território nacional, com fundamentações bastante distintas, mesmo quando a decisão judicial é no mesmo sentido, o resultado será uma inquestionável discricionariedade do Poder Judiciário. E mais, tal olhar calculador e distante indicará que o poder discricionário ocorre não apenas nos casos difíceis, podendo ocorrer também nos casos medianos, que são aqueles intermediários entre os fáceis e os difíceis. O ponto é que os juízes não são máquinas que julgam e sim seres humanos que julgam, de modo que a existência fática singular de um juiz possibilita que ele já se abra hermeneuticamente para um caso de determinado modo, de forma tendenciosa ou não, tenha o juiz consciência ou não de sua situação hermenêutica.

Essa perspectiva externa fática implica um olhar objetivo que não diz respeito às teorias singularmente produzidas pelos juristas, mas concerne à realidade fática mesmo, que pode ser até mensurada por estatísticas. O ponto é que as teorias jurídicas não podem ser dissociadas da realidade, sendo essencial uma visão multidisciplinar em algumas questões jurídicas. É evidente que os diversos sistemas – econômico, político, religioso, moral etc. – e as circunstâncias derivadas da existência fática afetam a atuação dos juízes, de modo que um apropriado entendimento acerca de alguns temas específicos, como o da decisão judicial, pressupõe um olhar para além do direito, como feito no capítulo inicial deste trabalho, relativamente às ideias de normatividade existencial, existência fática pretensamente neutra e existência fática tendenciosa, precisamente porque os juízes não são máquinas que decidem. Aliás, é relevante destacar que todo sistema jurídico, que sempre contém traços de indeterminação e ambiguidade, é incessantemente

interpretado pelo Poder Judiciário, que é composto por intérpretes imperfeitos e limitados cognitivamente. Por conseguinte, se a atividade do Poder Legislativo é constantemente insuficiente para abarcar todos os fenômenos do mundo, não é plausível entender o Poder Judiciário como o solucionador infalível dos problemas jurídicos relativos à realidade não coberta pela legislação ou regulada por ela sem contornos precisos.

As pessoas em sua vida cotidiana estão sujeitas aos mais diferentes tipos de regras, sendo as normas jurídicas umas das mais evidentes. Ocorre que as pessoas têm sua existência fática cotidiana orientadas por normas de diversas naturezas, inclusive de ordem pessoal, vinculadas a seus projetos de sentido existenciais, que muitas vezes entram em conflito com as normas jurídicas. Com os juízes, obviamente, acontece exatamente a mesma situação, pois antes de serem alguém no mundo do direito, cada um tem uma existência fática singular em um dado mundo circundante histórico e social. O ingresso na carreira de magistrado não purifica ou torna imaculado nenhum membro do Poder Judiciário, de forma que eles carregam traços de sua existência fática, sejam quais forem, ao realizar os julgamentos dos processos judiciais. Com isso, essa dimensão existencial vai dirigir o modo como os juízes se comportam no mundo jurídico, sendo que muitas vezes as normas da sua existência não têm compatibilidade alguma com as normas do direito e com as normas da moral. Afinal, para além de diversos vícios, falhas e máculas que os juízes podem ter, a prática imoral ou ilícita é algo não raro na esfera pública em geral. A corrupção e outras práticas desvirtuadas da legalidade são fenômenos possíveis na prática jurídica do Poder Judiciário, o que aponta para um tipo de desvio e de violação do poder discricionário. O ponto é que, para o bem ou para mal, a discricionariedade é imanente ao Poder Judiciário. Não é possível eliminá-la por brilhantes e primorosas teorias, como a concepção do direito como integridade de Dworkin, até porque esta não pretende expulsar todos os tipos de discricionariedade do Poder Judiciário, apenas o poder discricionário em sentido forte.

A discricionariedade em sentido forte para Dworkin é aquela que decorre da ausência de padrões normativos para nortear a atuação dos juízes e constitui um dos grandes problemas do positivismo, precisamente porque as regras positivadas nunca conseguem prever e regulamentar todas as situações que de fato acontecem no mundo. Assim, nestas circunstâncias há um poder discricionário forte que permite a criação de direito, o que é algo inaceitável na visão de Dworkin, na medida em que os

juízes produzem direito novo e o aplica de forma retroativa ao caso concreto. Daí surge a solução dworkiniana: recorrer aos princípios de moralidade da comunidade, bem como ao princípio de integridade por ele desenvolvido, de forma que as decisões dos juízes sejam harmônicas tanto com os ideais políticos da comunidade quanto com as decisões judiciais passadas. É fundamental salientar que a teoria de Dworkin é desenvolvida de modo absolutamente coerente e holístico, de forma que são articulados e interconectados diversos princípios fundamentais de uma sociedade, tais como igualdade, liberdade, democracia etc. Assim, é claro que esses preceitos devem ser buscados e a teoria dworkiniana deve ser levada a sério. Um dos problemas, porém, é saber se as ideias de Dworkin são efetivamente praticáveis na cotidianidade jurídica dos juízes, isto é, por seres humanos históricos, sociais, falíveis, afetivos etc. Esta tese adota o ponto de vista de que não é viável, não sendo possível superar o problema da discricionariedade nos casos duvidosos. O problema do poder discricionário dos juízes, que possibilita ativismos judiciais e seu exercício de forma ilegítima desemboca em arbitrariedades, ilicitudes e imoralidades praticadas pelo Poder Judiciário, não é possível solucionar de forma definitiva, especialmente por comportamentos teóricos, mas somente mitigá-lo, havendo necessidade de um controle constante dos excessos do Poder Judiciário.

Um problema atinente ao poder discricionário diz respeito ao fato de que nos casos complexos é comum o Poder Judiciário julgar com alguma distância de suportes empíricos, o que significa proferir decisões judiciais, nestas situações, baseadas em interpretações que dependem mais de argumentações jurídicas e/ou morais do que de critérios empíricos. O problema é agravado se, com a ausência de adequadas bases empíricas, os julgamentos de casos difíceis demandam a interpretação de conceitos com vaguidade ou ambiguidade. Nesse contexto, cabe destacar que um dos obstáculos pelos quais não é possível superar a discricionariedade judicial, pelo menos no que tange aos casos complicados, diz respeito à linguagem do sistema jurídico, que adota, não raras vezes, termos, concepções e frases que possuem uma abertura semântica que inevitavelmente gera diferentes possibilidades de sentidos, sobretudo se considerar as interpretações dos juízes com distintas existências fáticas. De fato, uma parte relevante dos enunciados normativos de um sistema jurídico precisa de uma espécie, pode-se falar, de injeção semântica pelo Poder Judiciário. Para ficar mais claro o problema, é conveniente trazer exemplos de palavras, concepções e expressões do mundo do direito, explicitamente previstas em textos

normativos do sistema jurídico brasileiro. Na Constituição Federal há moralidade administrativa, dignidade humana, justiça social, administração da justiça, improbidade, eficiência, desenvolvimento nacional, pena cruel, devido processo legal, razoável duração do processo, erro judiciário, direitos e garantias fundamentais, integridade nacional, grave comprometimento da ordem pública etc.; no Código Penal há ato obsceno, segurança e integridade do Estado, integridade moral, pôr em perigo a moral e a ordem pública etc.; No Código de Processo Civil há dignidade da justiça, dano moral, segurança jurídica, fins sociais, exigências do bem comum, proporcionalidade, razoabilidade etc.; Na Consolidação das Leis do Trabalho há equidade, conveniência pública, eliminação ou neutralização da insalubridade, limites de tolerância, intensidade do sofrimento ou da humilhação, esforço efetivo para minimizar a ofensa etc.; No Código Tributário Nacional tem calamidade pública, iminência de guerra externa, princípios gerais de direito tributário, princípios gerais de direito público, erro ou ignorância escusáveis, interesse comum na situação etc. No julgamento de um processo que envolva as citadas palavras e expressões, pelo menos dois fatos são inquestionáveis: (i) os juízes conseguem extrair alguns significados dos termos, (ii) mas os significados obtidos pelos juízes não são unívocos e não exaurem o campo semântico possível. Aí entra em jogo a noção de semântica wittgensteiniana, no qual a própria prática do Poder Judiciário produzirá os significados das palavras. Ocorre que as práticas dos juízes não serão exatamente iguais e não esgotarão o horizonte semântico possível. Um dos motivos decorre do fato de que a existência fática singular de cada juiz gera aberturas compreensivas, dispositivas, linguísticas e decaídas distintas no julgamento de um caso concreto envolvendo tais palavras, de modo que os juízes têm diferentes capacidades cognitivas, racionalidades jurídicas, tonalidades afetivas, jogos de linguagens, mundos circundantes, influências sociais etc. A questão é que nestas circunstâncias o sistema jurídico não tem como evitar a discricionariedade judicial, porque não se trata tão somente de obstáculos linguísticos, que poderiam ser superados, para Dworkin, por interpretações corretas, mas sim de situações fáticas que se impõem continuamente, de modo que as argumentações teóricas sempre se chocam com os muros da condição existencial humana. Consequentemente, as semânticas que prevalecerão não serão necessariamente as mais corretas de um ponto de vista da

ciência do direito, mas aquelas derivadas das práticas do Poder Judiciário[218] nos julgamentos dos casos concretos, cujas decisões judiciais transitarão em julgado encerrando a discussão sobre o assunto. Com isso, é oportuno trazer as lições de Gadamer para tratar do tema da discricionariedade judicial.

Não é apenas a singularidade da existência fática dos juízes que gera desacordos semânticos, mas também a própria conjuntura histórica do caso concreto. Aqui entra em jogo os conceitos gadamerianos de distância temporal do intérprete e de história efeitual. Precisamente porque os entes interpretados se sujeitam aos efeitos da história e porque os intérpretes são entes temporais, com horizontes hermenêuticos distintos, Gadamer entende que os diálogos hermenêuticos não têm fim. Assim, as decisões judiciais finalizam uma específica conversação hermenêutica – diálogo interno, explanado no segundo capítulo –, mas não o diálogo externo acerca do tema decidido. Daí porque a prática do Poder Judiciário resolve, em virtude de sua autoridade, problemas semânticos conjunturalmente. Isso significa que novos casos, julgados por diferentes juízes, em distintos contextos fáticos, históricos, sociais etc., podem gerar novas semânticas a respeitos dos mesmos enunciados normativos de um sistema jurídico analisados em outra época. Nesse contexto, a discricionariedade judicial não se vincula apenas à possibilidade de distintas aberturas compreensivas, dispositivas, linguísticas e decaídas dos juízes em razão de suas diferentes existências fáticas, mas também aos próprios acontecimentos históricos que repercutem diretamente no modo de julgar os processos judiciais e, portanto, na criação, modificação ou extinção de semânticas jurídicas. Não é difícil constatar que as expressões e os termos vagos já citados neste trabalho, tais como desenvolvimento nacional, justiça social, administração da justiça, grave comprometimento da ordem pública, integridade nacional, segurança jurídica, conveniência pública, calamidade pública, equidade, eficiência, razoabilidade, razoável duração do processo etc., podem ser claramente modulados a partir de eventos como uma guerra, uma pandemia, um desastre natural, uma crise econômica extraordinária etc. Esses acontecimentos epocais fortalecem a tese de que não há

[218] É evidente que as semânticas jurídicas de um sistema do direito não são criadas apenas pelas práticas dos juízes, pois outras pessoas – com autoridade normativa, como os legisladores, ou sem autoridade normativa, como os juristas – também contribuem para a produção de significados no mundo do direito. Todavia, como a presente tese é uma introdução a uma teoria da decisão judicial, importa aqui especialmente a autoridade dos juízes.

como eliminar o poder discricionário do Poder Judiciário nos processos difíceis, sobretudo porque cada juiz julga um caso concreto com uma determinada estrutura prévia da interpretação, derivada de sua particular existência fática.

Heidegger demonstrou que toda interpretação é necessariamente acompanhada de uma posição prévia, uma visão prévia e uma concepção prévia que caracterizam o suporte preliminar de qualquer práxis hermenêutica. A consequência dessa armação prévia da interpretação é a de que as questões relativas a um caso concreto sempre são julgadas pelos juízes a partir de um *como*. Este *como hermenêutico* significa que toda interpretação jurídica do Poder Judiciário é já sempre acompanhada de prejulgamentos, que derivam da existência fática singular de cada juiz. Para Gadamer, há a possibilidade de superação dos preconceitos ilegítimos, de forma que é possível para um juiz, guiado por uma apropriada consciência hermenêutica, realizar uma compreensão a partir de preconcepções legítimas, gerando, assim, uma interpretação correta. Dworkin adota essa visão gadameriana, visto que entende ser possível, em virtude da capacidade racional humana, realizar interpretações que produzam uma única resposta correta. Todavia, no que tange ao pensamento dworkianiano acerca da possibilidade de uma única interpretação correta, para além dos problemas relativos à abertura da linguagem do direito e à história efeitual, que podem gerar diálogos hermenêuticos infinitos sobre algo, há o aspecto existencial que dificulta ou limita a possibilidade de superação dos preconceitos ilegítimos ao decidir um caso. É que esse *como hermenêutico* em que o juiz se abre para julgar um processo decorre de uma existência fática singular, em um dado mundo circundante social e histórico, é sempre acompanhado de tonalidades afetivas. Logo, para certas questões pode haver um forte obstáculo afetivo para que os juízes eliminem seus preconceitos ilegítimos, já que eles podem ter existência fática tendenciosa em relação ao caso. Ademais, mesmo que inexistam tonalidades afetivas que modulem o julgamento de um processo, ainda assim as existências fáticas dos juízes podem restringir a possibilidade de uma única interpretação correta, na medida em que podem ser vinculadas a variadas tradições jurídicas, isto é, o *como* os juízes interpretam e julgam um caso são também influenciados pela específica tradição jurídica que fez parte da sua formação jurídica. Com isso, distintas tradições jurídicas dos juízes geram diferentes jogos de linguagem e racionalidades jurídicas que muitas vezes são incompatíveis, impossibilitando, assim, um efetivo acordo a respeito de uma questão.

É relevante realçar que o *como hermenêutico* é sempre acompanhado de diferentes tonalidades afetivas. Estas marcam valores, reforçam a atenção e agem como motivadores e monitores de comportamentos humanos. Isso significa que a racionalidade jurídica e a prática hermenêutica dos juízes são conduzidas também por tonalidades afetivas, que formam a subjetividade dos juízes, do ponto de vista ôntico, ou seja, a racionalidade jurídica, a compreensão jurídica, a interpretação jurídica e a linguagem jurídica dos juízes são vinculadas a uma certa subjetividade – em um sentido ôntico – e a determinadas tonalidades afetivas. Todos estes fenômenos atrelados aos julgamentos dos juízes possibilitam a produção de diferentes decisões judiciais acerca dos mesmos temas analisados, resultando, assim, em um evidente poder discricionário, facilmente constatável a partir de um ponto de vista externo. A analítica existencial heideggeriana ajuda a perceber que o problema da discricionaridade judicial vai muito além da questão da abertura da linguagem do direito enfatizada por Hart. Ora, mesmo um enunciado normativo com grande abertura semântica pode ser interpretado de forma igual ou semelhante por diferentes juízes, de forma que o fenômeno do poder discricionário não pode ser limitado ao aspecto da abertura da linguagem, não obstante ele ser fundamental. Deveras, o poder discricionário envolve uma relação de aberturas: a abertura do direito e a abertura do ser-aí no mundo. A abertura do direito não se reduz somente à abertura da linguagem dos textos normativos, mas também tem relação com a abertura dada explicitamente pelos próprios textos normativos ou pela abertura derivada da ausência de enunciados normativos específicos sobre um caso. Neste último há uma abertura do direito em razão da tradicional ideia de lacuna; no primeiro há uma abertura que o próprio texto normativo estabelece, como ocorre, por exemplo, no que diz respeito à dosimetria da pena, à aplicação de penas restritivas de direito[219], à determinação do percentual de

[219] Determina o Código Penal: “Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana. IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

honorários advocatícios[220], à fixação de pensão alimentícia[221], no estabelecimento de pena de multa no âmbito penal[222] etc. Todas estas aberturas do direito, contudo, são indissociáveis da abertura do ser-aí que as interpreta. Assim, a discricionariedade judicial não pode ser limitada à abertura da linguagem do direito, como entendia Hart, porquanto, embora seja correta tal associação, é restrita a apenas um traço do poder discricionário. Esta teoria avança, portanto, sobre esta visão hartiana a respeito da discricionariedade judicial, reconhecendo, assim, com outros juristas que ela é inevitável, mas vai além na justificação de sua inevitabilidade, precisamente em razão do caráter de abertura do intérprete no mundo, que possibilita a geração de diferentes aberturas compreensivas, dispositivas, linguísticas e decaídas acerca de um mesmo caso complexo.

Por outro lado, importa esclarecer que o poder discricionário dos juízes não tem apenas aspectos negativos, que podem afetar a segurança jurídica, pois tem também um aspecto positivo no que toca à correção de certas imperfeições imanentes a qualquer sistema do direito. Uma dessas imperfeições são as lacunas normativas, que se revelam como uma forma de abertura do direito, justamente porque não há

---

[220] Prescreve o Código de Processo Civil: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) §2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.”

[221] Estabelece o Código de Processo Civil: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. §1 Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2 Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

[222] Prescreve o Código Penal: “Critérios especiais da pena de multa **-** Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. §**1º** – A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

particulares enunciados prescritivos do sistema jurídico dispondo sobre um dado problema jurídico. As lacunas de textos normativos específicos acerca de certos casos concretos são inevitáveis. Tal fato não significa uma carta em branco para o Poder Judiciário julgar livremente, porquanto, na falta de específicos enunciados normativos, não há ausência do sistema jurídico. A questão das lacunas remete ao problema da completude do ordenamento jurídico. O primeiro ponto que deve ficar claro é que, não importa o tipo de sistema do direito, é absolutamente impossível que qualquer ordenamento jurídico regulamente todos os fenômenos naturais, humanos ou sociais possíveis que atinem ao mundo do direito, vale dizer, todas as autoridades produtoras de textos normativos têm uma dimensão gigantesca e inexpugnável de ignorância em relação ao futuro. No entanto, embora a incapacidade de prever e disciplinar normativamente a totalidade dos fenômenos do mundo constitua um obstáculo insuperável de qualquer sistema jurídico, a ideia de completude do ordenamento jurídico se mantém, mesmo com lacunas normativas específicas, que são inevitáveis.

O problema da completude não se resolve, porém, somente com o entendimento kelseniano de que tudo o que não é obrigatório ou é proibido, é permitido, não obstante ele ser propício para muitas circunstâncias[223]. As noções relevantes para tratar do problema da completude concernem à semântica e à prática do Poder Judiciário, sendo atinente aos jogos de linguagem de um dado sistema jurídico e à performance das autoridades que têm o dever-poder de introduzir novos textos normativos. Em sistemas jurídicos primitivos, nos quais as normas jurídicas se reduzem às regras, há uma pobre tradição jurídica, há pouca produção normativa etc., não há impasse em reconhecer sua incompletude. Contudo, quando se trata de ordenamentos jurídicos desenvolvidos e sofisticados, com uma rica tradição jurídica, com regras e princípios como normas jurídicas, com múltiplos precedentes etc., a ideia de completude é pertinente, pois nestes tipos de sistemas é sempre possível respostas do Poder Judiciário ao julgar os processos judiciais, especialmente porque

[223] A concepção de norma geral negativa de Kelsen – que remete ao chamado princípio de clausura – pode resolver, realmente, muitos problemas de lacunas jurídicas, tendo em vista que, se uma determinada conduta não é proibida, então pode ser considerada permitida. Todavia, há muitos casos em que esse princípio de clausura não tem lugar, como diversas situações referentes ao direito público, mormente porque os agentes públicos não podem fazer tudo o que a lei não proíbe, já que estão submetidos ao princípio da legalidade de forma distinta dos particulares. De fato, os agentes públicos comumente fazem o que a lei determina e não aquilo que não é vedado pela legislação. Assim, os comportamentos dos agentes públicos são geralmente orientados por normas jurídicas positivas, de forma que para eles é usualmente inadequada a aplicação radical da norma geral negativa kelseniana.

os próprios sistemas jurídicos estabelecem mecanismos para lidar com as lacunas normativas específicas. A completude de um sistema jurídico, porém, não é estática, mas, sim, performática. A noção de completude performática não significa algo como um ordenamento jurídico completo definitivamente, mas, sim, como um ordenamento jurídico completável constantemente. A ideia aqui apresentada de completude performática de um sistema jurídico remete a uma necessidade incessante de práticas jurídicas pelo Poder Judiciário para lidar com os múltiplos fenômenos naturais ou humanos. Mas esse dever do Poder Judiciário de lidar com a miríade de fenômenos que se manifestam é acompanhado com um certo espaço de poder discricionário. Assim, a discricionariedade judicial não deve ser vista sempre como um problema[224] ou, menos ainda, como uma solução do sistema do direito, mas como um fenômeno inevitável, vale dizer, imanente ao sistema jurídico. Um sistema do direito evoluído tem mecanismos que possibilitam práticas do Poder Judiciário geradoras de novas semânticas normativas, estabelecendo critérios para que os jogos de linguagem das decisões judiciais possam eliminar as lacunas normativas eventualmente encontradas nos julgamentos dos casos concretos. Contudo, o fato de a completude de um ordenamento jurídico não ser *a priori*, mas performática, aponta para a presença de discricionariedade judicial no julgamento dos casos controvertidos, sobretudo porque nestes tipos de processos os sistemas do direito têm empecilhos para estabelecer

[224] A respeito dessa questão, é conveniente trazer o pensamento do jurista alemão Karl Engisch: "Mais difícil do que demonstrar que existe o 'poder discricionário' no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável mas também algo de bom. A esta questão, porém, não queremos responder já, mas só a abordaremos no final do capítulo," (...) No final do capítulo, Karl Engish escreve: "A nossa vida jurídica, globalmente apreendida, é modelada por predisposições e impulsos individuais, enquanto parte da nossa multifacetada vida espiritual. Não só no plano da legiferação de qualquer espécie, mas também no plano da administração e da jurisdição os homens são chamados enquanto 'personalidades' a modelar e a aplicar o Direito. A concepção subjectiva do que é recto não é apenas um resíduo que é preciso suportar penosamente, logo, algo que infelizmente não pode (pelo menos quando haja que fazer valorações) ser completamente excluído – mas é antes um elemento positivo, e que como tal deve ser afirmado, da cultura jurídica. Assim como, no plano superior, não temos de representar o poder legislativo como um aparelho racional que, segundo princípios abstractos, produz leis que são as 'única justas', mas como um processo orgânico integrado por múltiplos componentes pessoais que em grande parte são 'mundividencial' e 'politicamente' propelidas, como um processo no qual se luta vivamente pelo 'justo' ('recto') – assim também nos não é lícito, no plano inferior da aplicação do direito (no mais lato dos sentidos), conceber funcionários, as autoridades, o juiz e os tribunais como apenas chamados a uma esquemática execução do direito. Eles são antes comissionados para procurar o que é de direito, o que é conveniente e o que é a medida justa no caso concreto, por modo a empenhar a sua responsabilidade e a sua 'melhor ciência e consciência', sim, mas ao mesmo tempo também por um modo criativo e talvez mesmo inventivo." (*Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, páginas 224, 251 e 252, tradução de J. Baptista Machado)

apenas e tão somente um único caminho jurídico para os juízes lidar com as específicas lacunas normativas.

Os traços do poder discricionário dos juízes explanados acima sinalizam que, na linguagem do direito, discricionariedade judicial não é sinônimo de arbitrariedade judicial, não obstante alguns juristas entenderem que os termos têm o mesmo sentido ou um significado semelhante. Tais palavras podem ter sentidos aproximados nas práticas linguísticas ordinárias cotidianas, até porque alguns dicionários de língua portuguesa apontam para uma certa relação de sinonímia entre estes termos. Todavia, na específica práxis linguística jurídica há que ser feita uma distinção, pois as mais diferentes concepções de direito, reconhecendo que a discricionariedade é inerente aos sistemas jurídicos, manifestam que ela é um fenômeno intrínseco ao mundo do direito. Até a concepção de direito como integridade de Dworkin admite a discricionaridade – em sentido fraco –, reconhecendo que ela é intrínseca às decisões judiciais, mas apenas exclui o poder discricionário em sentido forte. Todavia, constatou-se acima que a discricionariedade em sentido fraco, relativa às decisões judiciais proferidas por um tribunal supremo, não pode ser assim adjetivada, sendo o poder discricionário de um tribunal máximo de um país incompatível com a ideia de fraqueza. Fraco ou forte, o fato é que a discricionariedade judicial no mundo jurídico é inevitável, bem como que este fenômeno decisório é válido juridicamente, melhor dizendo, não afasta a validade de uma decisão judicial. O mesmo não ocorre com a arbitrariedade, que é rejeitada no mundo do direito, visto que este termo aponta para um sentido de abuso de autoridade, de excesso de poder, de agressão às normas jurídicas, de puro voluntarismo dos juízes etc.

A noção de arbitrariedade judicial tem um significado incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito, porque nela gravitam semanticamente diversos sentidos negativos, tais como abuso, violência, transgressão, infração, capricho etc. As decisões judiciais arbitrárias são ilegítimas e inapropriadas constitucionalmente. É claro, porém, que as concepções de discricionariedade e de arbitrariedade têm uma intrínseca relação, sendo comum o poder discricionário do Poder Judiciário, ultrapassando suas fronteiras, que não são claras, gerar arbitrariedades na prática jurídica cotidiana. Deste fato, porém, não se segue que são sinônimos no mundo do direito. A discricionariedade judicial é um poder atribuído aos juízes. O termo poder não contém em si mesmo um significado negativo, de forma que o poder discricionário em si mesmo jamais é algo não válido, ilegítimo e incompatível com a legislação e

com a democracia. É o exercício impróprio do poder que permite que o poder seja adjetivado como arbitrário, ou seja, é a prática jurídica inadequada do poder discricionário por um juiz que pode produzir o fenômeno da arbitrariedade. O conceito de discricionariedade judicial desta tese pressupõe dois aspectos fundamentais: (i) espaço de liberdade de decisão limitado e (ii) padrões normativos jurídicos ou morais nesse espaço de decisão. Isso significa que os juízes devem sempre se pautar em normas jurídicas e/ou morais, mas que, diante de um caso duvidoso, o poder discricionário possibilita a adoção de diferentes padrões normativos por diferentes juízes, resultando, assim, em decisões judiciais válidas, ainda que díspares. E a distinção na interpretação e na aplicação dos padrões normativos tem especial relação com a existência fática singular do juiz. A questão é que o poder discricionário por si só não é gerador de enunciados normativos ilegítimos, já que é preciso examinar o seu exercício em um caso concreto, de modo que se revelam equivocadas as teorias jurídicas que simplesmente estabelecem uma relação de sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade no jogo de linguagem do direito.

É preciso salientar, na perspectiva dessa teoria da decisão judicial, que o direito não é o que os juízes dizem que é, mas sim o que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dizem que é, em diálogo com as práticas e teorias jurídicas de diferentes operadores do direito, tais como os cientistas do direito, os quais, embora não tenham o poder de produzir enunciados normativos, ajudam na formação da tradição jurídica dos membros dos citados Poderes. No caso específico do Poder Judiciário, todos os juízes têm uma determinada facticidade jurídica, de forma que as suas existências fáticas anteriores no mundo do direito, antes da assunção do cargo de magistrado, vão constituindo sua linguagem jurídica. As decisões judiciais são, comumente, inseparáveis das lições da ciência do direito, seja porque os jogos de linguagem jurídicos dos juízes são formados, em parte, em cursos de graduação ou pós-graduação em direito, seja porque a jurisprudência do Poder Judiciário é necessariamente formada por meio de diálogos com diferentes atores do mundo do direito, de maneira que os juristas têm importante papel nessas conversações jurídicas. É evidente que as decisões judiciais proferidas são carregadas de diversos conceitos jurídicos obtidos por meio de diálogos com a ciência do direito, a qual contribui também para a formação de padrões normativos pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A questão é que, apesar de poder criar semânticas jurídicas em sua prática cotidiana, o Poder Judiciário é menos produtor de sentidos jurídicos

originários do que o Poder Legislativo. A atuação do Poder Judiciário sempre pressupõe semânticas jurídicas geradas pelas práticas de outros agentes do mundo do direito e padrões normativos estabelecidos pelo Poder Legislativo, sendo alguns pelo Poder Executivo. Daí porque o Poder Judiciário jamais julga um processo a partir de um nível zero de sentidos jurídicos e de algo como uma espécie de vácuo normativo, já que o sistema do direito, principalmente o brasileiro, tem padrões normativos estabelecidos, sobretudo, pelo Poder Legislativo, que vinculam e norteiam a atuação dos juízes. Dessa maneira, o poder discricionário aqui defendido não indica uma ausência de critérios normativos, vale dizer, não significa um espaço de livre convencimento do juiz, porquanto as convicções válidas dos juízes são aquelas alicerçadas em parâmetros normativos jurídicos – tendo o sistema de direito do Brasil uma abertura também à aplicação de normas morais – e conceitos estabelecidos nas práticas de variados atores do mundo do direito, as quais são geradoras de tradições jurídicas.

Por fim, não é demais enfatizar que há também poder discricionário – em sentido fraco – em processos que não são complexos, como aqueles simples ou intermediários, que são os casos que estão entre os fáceis e os difíceis. É o que ocorre, por exemplo, na aplicação de penas privativas de liberdade pelos juízes ou na fixação de uma pensão alimentícia. Claro que pode haver situações que estes casos possam ser considerados fáceis ou até mesmo difíceis, a depender de diversos fatores, relativos, por exemplo, à questão probatória do caso concreto, às circunstâncias especiais do crime, às condições incomuns do alimentante ou do alimentado etc. Do ponto de vista teórico, Dworkin foi talvez o jurista que mais contribuiu para o combate da discricionariedade judicial, pelo menos em seu sentido forte. Ocorre que para superar o poder discricionário dos juízes Dworkin desenvolve algumas ideias notoriamente polêmicas, como a tese da única resposta correta, que será analisada em tópico próprio no próximo capítulo. A supressão da discricionariedade em sua concepção do direito como integridade está concatenada com os princípios de moralidade de uma comunidade, o que por si só já é problemático. Contudo, o problema se agrava quando Dworkin defende uma objetividade moral, em que as proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas sob uma perspectiva moral, pois esta teria uma verdade, que pode ser objetivamente investigada, de modo que, para além de pontos de vistas pessoais, há no pensamento dworkiniano uma verdade moral que pode e deve ser buscada. Com isso, entra-se no

âmbito da tese da única resposta correta, que será analisada no último tópico tese. E com a refutação da tese da única reposta correta de Dworkin, reforça-se e amplia-se a argumentação de que é inviável eliminar o poder discricionário do Poder Judiciário.

4. A DECISÃO JUDICIAL – ANÁLISE DE ALGUMAS QUESTÕES FUNDAMENTAIS

Esta introdução à teoria de uma decisão judicial realçou o caráter radicalmente existencial dos julgamentos do Poder Judiciário. Partiu-se da filosofia de Heidegger, enfatizando a abertura do ser-aí, com seus quatro elementos cooriginários. As tonalidades afetivas do intérprete foram salientadas na confrontação da ideia de existência fática de Heidegger com a noção de preconceitos de Gadamer. Assim como Gadamer, variados juristas relegaram a questão dos afetos em suas teorias. Esse desprezo pelas tonalidades afetivas não foi realizado nesta teoria, que tratou tal assunto desde o primeiro capítulo deste trabalho. Com isso, ao ser desenvolvida a abertura compreensiva do ser-aí com base na hermenêutica filosófica de Gadamer, destacou-se que as tonalidades afetivas fazem parte da experiência hermenêutica. A interpretação do direito pelo Poder Judiciário sempre envolve alguma tradição jurídica. Se a abertura dispositiva de um juiz é sempre também compreensiva, ambas são articuladas em virtude da linguagem. Os julgamentos dos casos controvertidos são influenciados também pelas variadas visões de mundo e conjuntos de crenças que os juízes possuem, que derivam, por sua vez, de sua particular existência fática cotidiana em um dado mundo circundante. Com esse aparato conceitual criado, examinou-se no capítulo terceiro o tema da discricionariedade judicial, o qual foi analisado sob diferentes aspectos da abertura do ser-aí. Com isso, os primeiros capítulos desta tese prepararam o terreno conceitual, ampliando o conjunto de concepções sobre diversos fenômenos, possibilitando, assim, investigar com profundidade algumas questões essenciais atinentes à decisão judicial. É o que se realiza a seguir, relativamente às questões (i) da aplicação e da criação do direito pelo Poder Judiciário, (ii) da distinção entre casos fáceis e difíceis, (iii) do princípio da proibição da denegação justiça, (iv) da fundamentação da decisão judicial e (v) da tese da única resposta correta.

4.1. A decisão judicial e os fenômenos da aplicação e da criação do direito

Inicialmente importa esclarecer que a concepção de norma jurídica não se confunde com a noção de texto normativo – enunciado normativo ou proposição

normativa –, mas com o sentido que se obtém dele[225]. Logo, ao se afirmar que uma norma jurídica decorre de outras normas jurídicas, é preciso destacar que a base são os textos normativos, ou seja, rigorosamente as normas jurídicas surgem de textos normativos e não de outras normas jurídicas, pois estas são os significados daqueles. Como a compreensão e a interpretação são modos de ser originários de qualquer pessoa, os juízes necessariamente produzem normas jurídicas ao lidar com um caso concreto, bem como introduzem enunciados normativos geradores de normas jurídicas ao proferir uma decisão judicial. O Poder Judiciário produz enunciados prescritivos, diferentemente da ciência do direito que cria apenas enunciados descritivos. Nesse contexto, facilitando o aparato conceitual sobre o tema, esclarece-se que as normas jurídicas derivadas das decisões judiciais dos juízes são criadas a partir de outras normas jurídicas decorrentes de enunciados normativos variados de um sistema jurídico. Por conseguinte, entendendo que as normas jurídicas são produtos dos textos normativos, é conveniente associar a criação de normas jurídicas a partir de outras normas jurídicas, visando com isso facilitar o raciocínio e a compreensão dos fenômenos da aplicação e da criação do direito pelo Poder Judiciário, permitindo uma maior fluidez da linguagem jurídica. A distinção entre norma jurídica e texto normativo diz respeito a dois planos linguísticos distintos[226]. É que as normas jurídicas, como significados dos enunciados normativos, podem ser geradas por interpretações tanto do Poder Judiciário quanto da ciência do direito, mas esta última só pode criar enunciados descritivos, ao passo que os juízes produzem

---

[225] Verifique-se, nesse sentido, a lição de Robert Alexy: "O ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*. Um exemplo de enunciado normativo seria o seguinte texto: (1) 'Nenhuma alemão pode ser extraditado' (art. 16, § 2º, 1, da Constituição alemã). Esse enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão. Que é proibido que um alemão seja extraditado é o que significa o enunciado 'nenhum alemão pode ser extraditado'. Uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo." (*Teoria dos Direito Fundamentais*. São Paulo, Malheiros Editores, 2017, páginas 53 e 54, tradução de Virgílio Afonso da Silva).

[226] Para o jurista alemão Friedrich Müller a diferença entre texto normativo e norma jurídica transcende o plano da linguagem, porquanto, em sua visão, toda norma jurídica tem tanto um programa normativo quanto um âmbito normativo, que diz respeito à realidade do mundo. Nesse contexto, o juiz é não só aplicador, mas também criador do direito. Müller escreve: "É essa a razão teórico-normativa para designar como 'âmbito' normativo a estrutura material normativamente assumida, sendo que o âmbito normativo não é um 'objeto' isolado, mas na linguagem figurada indica o escopo do qual a concretização prática sempre necessita. E 'concretização prática' significa que tanto o âmbito normativo como também, de antemão, o programa normativo – e, com isso, a norma jurídica no todo – somente são produzidos pelo operador do direito no caso específico. Concretização da norma é construção da norma." (*Teoria estruturante do direito*. São Paulo, Editora Revisa dos Tribunais, 2008, páginas 230 e 231, tradução de Peter Naumann e de Eurides Avance de Souza)

enunciados prescritivos por meio das decisões judiciais, constituindo, assim, dois níveis de linguagem jurídica[227]. É preciso ainda elucidar que a noção de decisão judicial aqui tratada é concatenada, especialmente, mas não exclusivamente, àquelas que colocam fim a uma fase do processo (sentenças e acórdãos). Feitas essas explanações, cabe iniciar a análise dos fenômenos da aplicação e da criação do direito pelo Poder Judiciário.

Toda decisão judicial introduz no sistema do direito uma norma jurídica, ainda que sua vigência possa ser extremamente efêmera. O sistema jurídico não se reduz à totalidade dos textos normativos, isto é, não se limita ao seu aspecto normativo positivado, embora seja inquestionável a sua importância. Nesse particular sentido, é evidente que as decisões judiciais criam direito, porque elas sempre geram enunciados normativos singulares que veiculam normas jurídicas específicas. Mesmo que se trate de um caso fácil, em que os juízes apenas aplicam um determinado enunciado normativo ao caso concreto, ainda assim haveria produção de direito, nessa perspectiva normativa, uma vez que são veiculadas normas jurídicas pelos julgamentos do Poder Judiciário, que produzem especiais efeitos jurídicos no mundo, de modo que as próprias decisões judiciais proferidas não só aplicam enunciados normativos, mas também criam enunciados normativos próprios. Daí porque é correto falar, nesse sentido, em uma função constitutiva da decisão judicial, uma vez que ela institui um texto normativo que veicula uma particular norma jurídica no sistema do direito, criando uma situação jurídica privativa que não existia antes de a decisão ser proferida. Todavia, a partir de um ponto de vista restritivo acerca da criação do direito, a decisão judicial proferida em um caso fácil não cria direito, mas apenas aplica algum enunciado normativo, sendo irrelevante, nessa perspectiva estrita, o fato de uma determinada norma jurídica ser gerada por uma decisão judicial. Assim, a depender

---

[227] Se considerar a linguagem formal da lógica, é possível estabelecer ainda um terceiro plano de linguagem, distinto, assim, dos enunciados prescritivos do direito positivo e dos enunciados descritivos da ciência do direito. Sobre este assunto, Lourival Vilanova afirma: “Agora, ocupam dois planos inconfundíveis, as proposições que descrevem normas e as proposições normativas do direito positivo. Se estas são *linguagem-objeto*, aquelas são *metalinguagem*. Então o dever-ser está em dois estratos de linguagem, e também, seus valores. Ainda comporta um terceiro nível: o da lógica. A lógica formaliza a linguagem-objeto do direito positivo (como formaliza a linguagem da ciência jurídica), reduzindo essa linguagem envolvida na concreção fato, valor e norma (Miguel Reale) às estruturas cujos termos constituintes são *variáveis*, e cujos termos de relacionamento são *constantes lógicas*.” (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* São Paulo, Editora Noeses, 2010, página 41)

da visão, ampla ou restrita, acerca do assunto, uma decisão judicial pode ou não criar direito.

No que concerne aos casos difíceis, mesmo em uma visão limitada do que significa a criação do direito, a questão é mais complicada, porque não se trata realmente de uma mera introdução no sistema do direito de uma nova norma jurídica, de modo que os casos controversos geram impasses em relação ao tema ora analisado que demandam uma investigação mais minuciosa. Como ocorreu no caso a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a prática do STF ampliou o significado da expressão entidade familiar, de maneira que, somente a partir da decisão do STF, é que foi reconhecido o direito de as pessoas do mesmo sexo formarem uma família que receba uma apropriada proteção estatal. A norma constitucional já existia desde 1988, ano em que foi promulgada a Constituição Federal, mas somente com decisão do STF no ano de 2011 é que as pessoas do mesmo sexo tiveram efetivamente reconhecido o direito de formar uma entidade familiar e receber a especial proteção do Estado conferido a este tipo de ente.

Para um aprofundamento no problema da criação do direito pelo Poder Judiciário é importante compreender que toda decisão judicial é um fenômeno múltiplo, porque é o resultado de uma constelação fenomênica: existência fática, linguagem, compreensão, interpretação, tonalidades afetivas etc. Uma das consequências dessa constelação de fenômenos da decisão judicial é que ela não se reduz a um ato de vontade, nem a um ato de conhecimento. Deveras, ato de conhecimento aponta para uma racionalidade, para uma cognição racional, ou seja, para certos pensamentos orientados pela razão. Por sua vez, insta frisar que o conhecimento e a vontade não são modos originários de ser das pessoas, mas derivados dos elementos originários da abertura do ser-aí. Assim, se o conhecimento e a vontade não são traços ontológicos originários dos seres humanos, revela-se frágil e insuficiente a classificação da decisão judicial como mero ato de vontade ou ato de conhecimento. Esta distinção representa um ponto de vista ultrapassado, limitado e superficial acerca do fenômeno da decisão judicial. Como o conhecimento e a vontade não são os modos de ser originários dos juízes, antes de pensar a decisão judicial como ato de conhecimento ou ato de vontade, é mais apropriado pensar a decisão judicial como um ato que decorre da existência fática, um ato linguístico, um ato compreensivo e interpretativo, um ato afetivo e um ato social, no sentido de ser uma comunicação a partir da sociedade, especificamente do subsistema social do direito,

para a própria sociedade em geral, com todos os seus subsistemas sociais (político, econômico, jurídico, religioso, educacional, esportivo etc.). Contudo, todos estes atos são indissociáveis, se manifestando sempre de uma maneira imbricada, pois uma decisão judicial resulta necessariamente de uma constelação fenomênica. O debate acerca da caracterização da decisão judicial como ato de conhecimento ou ato de vontade desconsidera os fenômenos originários que possibilitam o conhecimento e a vontade dos juízes. Estes fenômenos originários, que são condição de possibilidade do conhecimento e da vontade, são a existência fática do ser-aí e os elementos originários da sua abertura no mundo. Daí porque a discussão entre ato de conhecimento e ato de vontade é um debate pobre e inadequado para lidar com a complexidade do tema da decisão judicial[228].

O aspecto múltiplo da decisão judicial acontece também em relação aos fenômenos da criação e da aplicação do direito. A criação do direito aponta para a situação já mencionada acima de que as decisões judiciais geram enunciados normativos que veiculam novas normas jurídicas no sistema do direito. Mas o aspecto da criação não se reduz a esta situação, como será elucidado logo adiante. Por outro lado, a aplicação do direito decorre do fato de que toda decisão judicial indica uma aplicação do sistema jurídico, ainda que inexista algum enunciado normativo particular sobre o caso concreto. No segundo capítulo deste trabalho aprendeu-se com Gadamer que toda interpretação é indissociável de uma aplicação. Toda intepretação jurídica pelos juízes é inseparável de uma aplicação de sentido extraído do sistema

[228] Apesar de não interessar aqui fazer uma investigação acerca da distinção entre os fenômenos do conhecimento e da vontade, pois neste trabalho se realizou o exame minucioso dos elementos originários da abertura do ser-aí, que são os modos de ser fundamentais de qualquer pessoa, dos quais decorrem de modo derivado o conhecimento e a vontade, é conveniente fazer apenas uma breve observação a respeito do assunto: se o conhecimento está ligado à razão, porque diz respeito ao pensamento racional, ao processo cognitivo pautado na razão, a vontade pode ou não estar vinculada à razão, havendo divergências sobre o tema na história da filosofia, porquanto para uma parte da tradição filosófica a vontade seria uma espécie de aptidão racional, mas para a outra a vontade não tem nada de racional, sendo um tipo de impulso, de ímpeto irracional. Sobre o assunto é oportuna a lição de Gadamer: “Na *Fundamentação da metafísica dos costumes* de Kant, a vontade é uma figura da razão (prática). É só depois de Kant, antes de tudo desde Schelling e Schopenhauer, que a vontade cega emerge.” (*Hermenêutica em Retrospectiva*. Petrópolis. Editora Vozes, 2009, página 31, tradução de Marco Antônio Casanova). Feita essa observação em relação ao conhecimento e à vontade, é fácil concluir que tais fenômenos, para serem devidamente conectados com o fenômeno da decisão judicial, necessitam de análises específicas e aprofundadas, as quais, porém, não interessam ser aqui realizadas, visto que a decisão judicial, enquadrando-se como ato de conhecimento e/ou ato de vontade, é necessariamente um ato afetivo, um ato compreensivo e interpretativo, um ato linguístico, um ato social e um ato que deriva da existência fática do juiz. E exatamente essa constelação de fenômenos é o que importa para o presente trabalho, porque são os modos de ser originários e fundamentais de qualquer ser humano.

do direito. Realmente, qualquer julgamento de um processo judicial pelo Poder Judiciário exige inevitavelmente alguma aplicação de sentido jurídico, vale dizer, é impossível ser proferida uma decisão judicial que não contenha a aplicação de algum sentido do sistema jurídico. A experiência hermenêutica de um juiz ao lidar com um caso concreto é sempre holística, não se reduzindo a um específico enunciado normativo, mesmo em casos fáceis, na medida em que a prática judicial é orientada por uma circunvisão jurídica. Qualquer juiz, antes de assumir seu cargo, tem inevitavelmente uma existência fática anterior no mundo do direito geradora de um conjunto de semânticas, seja porque obrigatoriamente é formado em direito, seja porque atuou de forma prática como estagiário, advogado, promotor, delegado etc. Portanto, ao julgar um processo, ainda que simples, é sempre aberta uma totalidade de significados jurídicos extraídos do sistema do direito. Se Heidegger ensinou que os instrumentos do ser-aí indicam cadeias referenciais, as decisões judiciais, as normas jurídicas e os conceitos jurídicos, como entidades instrumentais, se manifestam em rede, gerando, assim, totalidades de significados.

A questão em discussão remete aos temas das lacunas normativas e da completude do ordenamento jurídico, já analisado acima no capítulo relativo à discricionariedade do Poder Judiciário. Ressaltou-se, de um lado, a impossibilidade de a legislação prever e regular a universalidade dos fenômenos que têm importância para o mundo jurídico, e, de outro lado, a possibilidade de completude – performática – de um ordenamento jurídico, especialmente aqueles tidos como evoluídos, por possuírem vasta tradição jurídica, diferentes tipos de enunciados normativos, conceitos jurídicos, precedentes etc. A completude performática do sistema jurídico é necessária, mormente, em razão do desconhecimento do futuro por qualquer autoridade que tenha o poder de criar textos normativos. É conveniente ressaltar que o sistema do direito do Brasil constitui, na visão deste autor, um sistema evoluído que possibilita a superação de lacunas normativas específicas. E o sistema jurídico brasileiro, por ser desenvolvido, tem mecanismos que possibilita uma adequada completude performática e uma constante aplicação de sentidos jurídicos, mesmo no julgamento de casos complexos. De fato, o sistema do direito brasileiro, além de regras jurídicas, contém princípios jurídicos que possibilitam a eliminação de eventuais lacunas normativas existentes em um caso concreto. Mas não é só, pois o sistema jurídico brasileiro apresenta uma clara abertura à possibilidade da prática do jogo de linguagem da moral, na medida em que a Constituição do Brasil contém

enunciados normativos que dispõem expressamente, por exemplo, sobre a dignidade da pessoa humana[229], a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[230],a prevalência dos direitos humanos[231], a proibição de penas cruéis[232], a necessidade de respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família na produção e programação das emissoras de rádio e televisão[233] etc. Além disso, o texto constitucional prescreve expressamente que a administração pública deve cumprir os princípios de moralidade[234]. Aliás, como o conceito de Estado Democrático de Direito é fundamental no sistema jurídico brasileiro, é preciso salientar que os representantes do povo devem exercer seus mandatos em consonância com a moralidade[235]. Destarte, a aplicação do direito pelo juiz deve ser entendida em sentido amplo, pelo menos no sistema jurídico do Brasil, para abarcar a interpretação de regras e princípios jurídicos, normas explícitas e normas implícitas, normas oriundas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, normas morais, costumes etc. As normas latentes devem ser interpretadas pelos juízes, uma vez que o sistema do direito contém diversos enunciados normativos que possibilitam a veiculação de variados significados jurídicos. Porém, não só as normas jurídicas implícitas devem ser compreendidas, como também os sentidos dos enunciados normativos explícitos que são vagou ou ambíguos, em virtude da abertura da linguagem do direito.

No panorama acima apresentado, não há uma lacuna no ordenamento jurídico, porquanto, se não há enunciados normativos expressos sobre um caso concreto, um sistema do direito desenvolvido estabelece mecanismos que possibilitam o

---

[229] Artigo 1º, inciso III.

[230] Artigo 3º, inciso I.

[231] Artigo 4º, inciso II.

[232] Artigo 5º, inciso XLVII, alínea e.

[233] Artigo 221, inciso IV.

[234] A Constituição Federal estabelece: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

[235] Determina a Constituição Federal: “§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

desvelamento das normas jurídicas pela intepretação. Pode haver em algumas situações uma lacuna normativa, que significa a ausência de enunciados normativos específicos para julgar um dado processo judicial, mas jamais se dá uma ausência de sistema jurídico, ou seja, é sempre possível alguma resposta a um caso concreto com base na totalidade do sistema do direito, sobretudo quando há um sistema jurídico evoluído. Nesse contexto, percebe-se que o poder discricionário está sempre limitado por padrões normativos, sejam eles particulares decorrentes de enunciados normativos específicos, sejam eles gerais derivados da interpretação do próprio sistema do direito como um todo. No Brasil, aliás, além da existência de diversas normas constitucionais com conteúdo aberto que possibilitam o julgamento de casos complexos, a própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro prevê, em casos de lacunas normativas, a possibilidade de os juízes proferirem decisões judiciais com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito[236]. Além destes mecanismos de eliminação de lacunas, é importante ressaltar que o próprio princípio da legalidade[237] remete a uma forma de permissão de comportamentos não regulados em lei, de modo que as condutas que não sejam obrigadas ou proibidas legalmente, podem ser consideradas permitidas pelos juízes ao proferir uma decisão judicial, vale dizer, o princípio da legalidade é uma das normas jurídicas de um sistema do direito que possibilita superar lacunas normativas específicas em relação a um caso concreto. Nestas circunstâncias, em que há uma aparência de lacuna para julgar um caso, pois há uma ausência de enunciados normativos específicos, é apropriado entender as decisões judiciais mais como desocultadoras de direitos ocultos – latentes, implícitos, velados etc. – do que como criadoras de direitos inexistentes. Nesse contexto, é oportuno relembrar que, para Dworkin, não existe a discricionariedade judicial nem nos casos difíceis, sobretudo porque o sistema jurídico pode sempre se socorrer dos princípios de moralidade, isto é, não haveria uma lacuna real no sistema do direito, mas só à primeira vista, referente à enunciados normativos particulares, de maneira que após uma adequada interpretação das normas jurídicas explícitas ou implícitas, dos precedentes do Poder

[236] Prescreve o Decreto-lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010: “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.”

[237] Estabelece a Constituição Federal: “Art. 5º (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Judiciário, das normas morais etc., haveria sempre uma resposta correta a ser dada pelos juízes. No entanto, apesar do pensamento de Dworkin sinalizar uma solução do dilema em discussão, a questão é realmente muito mais problemática do que a forma por ele proposta, motivo pelo qual esta tese criticou o entendimento dworkiniano acerca do poder discricionário do Poder Judiciário. Aliás, o próprio Kelsen, que afirma não existir verdadeiramente lacuna no sistema jurídico, reconhece que a discricionariedade judicial é inevitável e, inclusive, que os juízes criam direito. Kelsen entende que inexiste uma lacuna autêntica do direito, porque para ele a aplicação do sistema jurídico é aplicação do Direito[238].

O caráter composto da decisão judicial, relativamente à aplicação e à criação do direito, é fundamental para entender o problema da irretroatividade. Todas as decisões judiciais – sentenças e acórdãos – têm um aspecto criador do direito, uma vez que todas elas geram enunciados normativos que veiculam normas jurídicas no sistema do direito. As decisões judiciais, em geral, introduzem normas individuais e concretas, ao passo que as leis e os atos infralegais, geralmente, veiculam normas gerais e abstratas. Mas há casos de normas individuais e concretas introduzidas por leis e atos infralegais, como, por exemplo, o decreto de desapropriação de um particular imóvel, a lei que regulamenta a privatização de uma específica empresa pública etc., como há também casos de normas gerais e abstratas veiculadas por decisões judiciais, como pode ocorrer, por exemplo, em um julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo STF. Assim, as práticas jurídicas do Poder Judiciário tanto introduzem normas individuais e concretas, em sua maioria, quanto normas gerais e abstratas. A ideia de que as decisões judiciais tanto criam o direito quanto aplicam o direito, embora pareça paradoxal, não implica realmente em contradição, porque se trata de aspectos diferentes de um mesmo fenômeno plural. A questão é que não há fronteiras claras, estanques e inquestionáveis que permitam uma separação absoluta entre a criação e a aplicação do direito. A diferença é de

[238] Kelsen escreve: “O essencial desta argumentação reside em que a aplicação do Direito vigente, como conclusão do geral para o particular, não é possível neste caso, pois falta a premissa necessária, a norma geral. Esta teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída.” (*Teoria pura do direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020, página 273, tradução de João Baptista Machado).

grau. Há níveis tanto de criação do direito quanto de aplicação do direito por uma decisão judicial. O caráter de criação do direito diz respeito ao fato de que toda decisão judicial introduz uma norma jurídica no sistema do direito que produz determinados efeitos. O caráter de aplicação do direito concerne ao fato de que toda decisão judicial é necessariamente fruto de interpretação e aplicação do sistema jurídico, de maneira que são aplicadas normas jurídicas expressas ou implícitas pelo Poder Judiciário.

Com base no exposto acima, não é difícil entender que a decisão judicial que aplica um direito também cria um direito, porque um julgamento final do Poder Judiciário nunca se limita a reproduzir algum texto normativo, pois necessariamente inova algo, acrescenta semânticas, gerando um particular direito[239]. De fato, a práxis linguística de uma decisão judicial sempre amplia significados em relação aos específicos enunciados normativos relativos ao caso concreto[240]. Qualquer que fosse a decisão do STF, interpretando restritiva ou extensivamente o termo entidade familiar, haveria tanto uma aplicação do direito quanto uma criação do direito a favor da parte vencedora, mas no primeiro caso seria uma forma de criação do direito em um grau mais modesto, no sentido de que ocorreria a adoção de um enunciado normativo expresso, resultante de uma interpretação literal e, portanto, uma prática hermenêutica menos sofisticada; no segundo caso houve uma criação do direito em um grau mais elevado, mediante a aplicação de outras normas pertinentes ao assunto, ocorrendo, assim, um maior esforço interpretativo. Realmente, no caso da interpretação do artigo 226 da Constituição Federal sobre a união entre pessoas do mesmo sexo estão implicadas outras normas, tais como as relativas à isonomia, à

---

[239] Nesse sentido também é o pensamento de Kelsen: “A individualização de uma norma por uma decisão judicial é sempre uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral e que não podem ser completamente determinados por ela. O juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo da sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de Direito substantivo.” (*Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2016, página 212, tradução de Luís Carlos Borges).

[240] Acerca do assunto em questão, é oportuna também a lição de Lourival Vilanova: “É um tópico comum observado hoje que a decisão judicial vai além de uma mera dedução silogística (segundo o modo da silogística clássica: premissa maior universal, premissa menor individual e conclusão individual, tendo em conta a redução da proposição individual à universal: o predicado é afirmado do sujeito, tomado em toda a sua extensão), porquanto a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo *conotação referencial nova*. A proposição jurídica individual da sentença judicial não deriva dedutivamente da norma fundamental, nem das normas constitucionais ou das leis substantivas e processuais da legislação ordinária. E, todavia, na decisão normativa de um caso está potencialmente presente todo o sistema. O juiz é órgão em virtude de normas e decide segundo o Direito substantivo e o Direito adjetivo aplicáveis.” (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* São Paulo, Editora Noeses, 2010, página 129)

vedação de discriminação das pessoas em razão do sexo, à liberdade para dispor da própria sexualidade etc. Não interessa neste trabalho explorar a relação do sistema jurídico com as normas morais, pois o que importa em relação ao traço da decisão judicial de desveladora do direito é que ela é necessariamente a aplicação de algo já existente, implícita ou explicitamente, na medida em que ela não cria algo de um espaço vazio jurídico, de um nada semântico do direito, de um vácuo de sentidos jurídicos, mas a decisão judicial também é criação para além desse algo já existente, uma vez que produz situações jurídicas singulares ao acrescentar novas semânticas. Portanto, há graus de aplicação, de modo que nos casos difíceis a aplicação do direito é menor, mas ela está lá, vale dizer, nesta situação há um grau maior de criação do direito do que de aplicação do direito. E como a discricionariedade judicial é maior nos casos controversos, há possibilidade de aplicações diferenciadas do sistema do direito no julgamento de um mesmo caso complexo por diferentes juízes. Mas o fato de as interpretações dos juízes serem diferentes não significa que os juízes criem o direito do nada, como se fosse algo unicamente de sua consciência. Nesse específico sentido em que o Poder Judiciário não cria direito, não há o problema da retroatividade, pois o direito já estava lá quando surgiu o caso, mas faltava apenas desvelar qual era o direito aplicável, seja ele baseado na moral ou não. Cada juiz tem uma visão de mundo e um conjunto de crenças que derivam de sua existência fática singular. Esta parte da teoria que sinaliza a possibilidade de aplicação da moral como resposta jurídica de um caso concreto se aproxima do pensamento dworkiniano, mas é dele diferente na medida em que aqui há o entendimento de que nos casos difíceis há poder discricionário para realizar a interpretação dos enunciados normativos de um sistema jurídico, bem como que inexiste uma única resposta correta.

Nesta tese não interessa discutir como ocorre precisamente a relação entre o direito e a moral, mas apenas reconhecer que há um relacionamento intrínseco entre os dois fenômenos nas práticas do Poder Judiciário. Partindo da premissa de que o direito tem uma conexão crucial com a moral, não importando aqui como seja essa ligação, é relevante destacar, de um lado, a convergência com Dworkin em relação ao entendimento de que existem normas implícitas no sistema jurídico que podem ser aplicadas pelos juízes, mas destacar, de outro lado, a divergência com Dworkin de que não existe poder discricionário dos juízes, nos casos difíceis, para interpretar e aplicar o direito. De fato, como já minuciosamente examinado em tópicos anteriores, é indubitável que os juízes têm poder discricionário nos casos complexos, em que

diferentes tipos de normas, explícitas ou implícitas, jurídicas ou morais, são interpretadas para fundamentar uma decisão judicial. E precisamente porque há discricionariedade judicial nos casos difíceis que a existência fática de um juiz tem relevância no que concerne à questão da criação do direito, já que um poder discricionário mais amplo permite o surgimento, pode-se assim dizer, de juízes inventores e progressistas, que são aqueles com modos de ser no mundo jurídico mais comumente responsáveis pelos ativismos judiciais. Claro que, mesmo havendo um maior poder discricionário em processos complexos, há aqueles juízes com modos de ser mais conservadores e que, portanto, não têm comumente práticas jurídicas inventivas. A existência fática de um juiz gera para ele uma visão de mundo e um conjunto de crenças que modularão o grau de aplicação e de criação do direito no julgamento de um caso concreto. Por exemplo, um juiz que adota o realismo jurídico como teoria do direito pode julgar um caso controverso de forma muito distinta de um juiz que assume o positivismo jurídico, o qual pode julgar de modo diverso daquele juiz que acredita no direito como integridade de Dworkin, que pode julgar de maneira diferente de um juiz que emprega o pragmatismo jurídico etc. Estas situações referem-se a visões de mundo e conjuntos de crenças relativos ao âmbito do direito, mas é preciso destacar que a existência fática de cada juiz gera também visões de mundo e conjuntos de crenças referentes ao âmbito existencial, que é mais amplo do que o particular mundo jurídico. A existência fática de um juiz gera para ele certos pontos de vistas a respeito da religião, da moral, da economia, da política etc., de maneira que ela vai modulando a sua visão de mundo e o seu conjunto de crenças, repercutindo, assim, na forma que acontece a completude performática do sistema do direito.

Uma das normas fundamentais de um sistema jurídico, pelo menos do sistema do direito brasileiro, é o princípio da proibição da denegação de justiça. O dever de julgar dos juízes é um dos mecanismos dos sistemas jurídicos que contribuem para afastar a ideia de uma lacuna real no direito e que corroboram a ideia de completude performática do ordenamento jurídico. É relevante elucidar que o Poder Judiciário tem o dever de decidir não porque o sistema jurídico tem uma completude *a priori*, estática, formal etc., mas, ao contrário, é o princípio da vedação do *non liquet* que contribui para gerar uma completude performática, dinâmica, material etc. O princípio da vedação da denegação de justiça aponta tanto para um dever – ou, melhor dizendo, dever-poder conferido aos juízes para decidir qualquer processo – quanto para um poder discricionário nos casos duvidosos. O princípio da proibição da denegação de

justiça será analisado de modo aprofundado em tópico próprio mais adiante. Assim, no que toca ao problema da aplicação do direito pelo Poder Judiciário, é preciso destacar que qualquer decisão judicial é sempre uma possibilidade do sistema do direito. Um mesmo sistema do direito tem possibilidades de diferentes decisões judiciais sobre casos iguais difíceis, especialmente porque ele é interpretado e aplicado por juízes que têm existências fáticas díspares, com situações hermenêuticas também diferentes. Como qualquer sistema jurídico pressupõe seres humanos que interpretam e aplicam o direito, qualquer sistema jurídico pode ser interpretado e aplicado de múltiplos modos, dentro de certos limites normativos, evidentemente. Dessa maneira, quando o STF reconhece a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, a decisão judicial proferida, de um lado, cria direito, porque veicula uma norma jurídica que produz efeitos no mundo, e, de outro lado, interpreta o direito contido no sistema jurídico, à luz de diversos enunciados normativos e considerando diferentes contextos históricos, sociais etc.

Os enunciados normativos dos juízes dão concretude aos textos normativos de um sistema jurídico. Como há níveis de concreção do sistema do direito, há níveis de criação de direito por uma decisão judicial. Realmente, em um caso fácil a criação do direito pelo juiz é mínima, porque a decisão judicial basicamente aplica um determinado enunciado normativo mediante um processo de subsunção. Contudo, mesmo em uma situação de simples subsunção de um texto normativo em um caso fácil, há algum grau de criação do direito, ainda que em um nível baixo. Por exemplo, imagine um crédito tributário prescrito, em que não há qualquer fato que permita a discussão da prescrição, como alguma causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, ou seja, é um caso fácil de mera aplicação do prazo prescricional previsto no Código Tributário Nacional. Mesmo neste caso simples, o juiz cria direito ao gerar um texto normativo que introduz uma norma jurídica no sistema do direito, embora em um grau diminuto, uma vez que a decisão judicial que cancela o crédito tributário por prescrição, extingue um específico crédito com um valor determinado, relativo a um contribuinte particular e a um especial tributo, de modo que produz uma singular situação jurídica que não existia antes da específica norma jurídica introduzida pela decisão judicial. Deveras, todos esses elementos foram singularizados e constituídos na decisão judicial, tendo em vista que os contribuintes são diferentes e que um mesmo contribuinte pode ter débitos de múltiplos valores e de variadas espécies de tributos, de modo que o julgamento do Poder Judiciário introduziu,

inquestionavelmente, uma específica norma jurídica geradora de um particular direito para o contribuinte, que não se estende para os outros débitos do mesmo contribuinte que não foram discutidos judicialmente. Por outro lado, em um caso como o da união estável de pessoas do mesmo sexo, também houve criação do direito pela decisão judicial, já que o STF modificou o significado literal dos enunciados normativos constitucionais e legais sobre o assunto, definindo uma nova semântica a respeito do termo família. Portanto, a diferença entre a criação e a aplicação do direito é apenas de grau, a depender do caso concreto julgado, não havendo, assim, a exclusão de um em relação ao outro.

É interessante destacar o sistema jurídico brasileiro como exemplo para demonstrar que os juízes não criam direito do nada, mas sim desvelam o direito pela compreensão e interpretação de diferentes tipos de enunciados normativos, sobretudo os que têm um conteúdo indeterminado ou ambíguo. Para demonstrar que os juízes não criam direitos novos não previstos no mundo jurídico, de algo como um nada jurídico, nem é necessário analisar a imensa legislação infraconstitucional brasileira, pois a própria Constituição do Brasil tem tantos enunciados normativos com textura aberta, que eles têm a possibilidade de orientar os julgamentos dos mais diferentes casos e fundamentar as mais diversas decisões judiciais. Com efeito, a Constituição afirma que são fundamentos do país a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e que são objetivos do país construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir a desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras forma de discriminação. Este conteúdo demasiadamente amplo está só nos artigos 1º e 3º da Constituição[241], ou seja, nem se chegou ainda ao colossal artigo 5º da Constituição. Evidentemente, não se trata de uma crítica, pois a Constituição estabelece uma enorme quantidade de

[241] Estabelece a Constituição Federal: “Art. 1º A República Federal do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania, II – a cidadania, III – a dignidade da pessoa humana, IV – o pluralismo político, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (...) Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federal do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

direitos, o que é favorável, senão essencial em um país como o Brasil. O que se quer acentuar aqui é que o sistema jurídico brasileiro, por ser bem desenvolvido e ter tantos textos normativos com textura aberta, possibilita sempre a aplicação do direito, de maneira que quando há lacunas, elas se referem a enunciados normativos específicos.

Nos casos difíceis há um esforço compreensivo dos juízes que não ocorre nos casos fáceis, sendo comum nestes a produção de respostas imediatas. Nas situações em que não existem enunciados normativos próprios regulando as especificidades do caso, o empenho compreensivo e interpretativo é elevado, exigindo uma argumentação mais rebuscada, sendo relevante nestas circunstâncias a ajuda das teorias jurídicas. Contudo, mesmo nestes casos não há uma plena criação de direito novo pelo Poder Judiciário, pois há também aplicação do sistema jurídico. É interessante notar que a abertura do direito é interpretada por alguém que tem quatro elementos cooriginários de abertura no mundo, de modo que a existência fática singular de cada juiz gera um tipo de abertura específica para o mundo, o que afeta e repercute na interpretação da abertura do direito, ou seja, há uma especial relação de aberturas: a abertura do ser-aí e a abertura do sistema jurídico. E para que os juízes profiram decisões adequadas nos processos controversos é fundamental que eles se abram apropriadamente para os casos concretos, isto é, sem preconceitos ilegítimos e sem certas tonalidades afetivas que derivam de sua existência fática, especialmente se esta for tendenciosa em relação ao caso.

Para aclarar a ideia exposta de que, mesmo nos casos controvertidos, há em algum nível aplicação do direito, pode-se trazer o direito penal e o direito administrativo como exemplos. No direito penal há o tradicional princípio do *in dubio pro reo*, ao passo que no direito administrativo há o princípio da supremacia do interesse público. Assim, em alguns casos difíceis nos campos do direito penal e do direito administrativo, é possível a utilização desses princípios para fundamentar as decisões judiciais, sendo que o princípio do *in dubio pro reo* implica que na dúvida decide-se a favor do acusado, enquanto o princípio da supremacia do interesse público pode ser adotado de modo semelhante a favor de uma entidade de direito público em uma situação de dúvida em um caso complexo. Logo, há sempre alguma norma em um sistema jurídico evoluído, por mais genérica e abstrata que seja, que possibilita fundamentar a decisão judicial em um caso duvidoso. Aliás, enunciados normativos com textura aberta são usados não apenas em casos difíceis, mas também em casos

não complexos, e não em pouca quantidade. Tal situação é um problema e aponta para possíveis equívocos das decisões judiciais, que se utilizam indevidamente de modo exagerado desses textos normativos vagos, de modo que os juízes, ao dar concretude às normas indeterminadas, podem proferir decisões judiciais equivocadas e incompatíveis com uma adequada interpretação do sistema jurídico.

Uma consequência da ideia de que, em algum grau, o Poder Judiciário sempre aplica o direito, é invalidar a associação, como faz Dworkin, entre poder discricionário e criação de direito. De fato, segundo Dworkin, os juízes não podem ter poder discricionário nos casos difíceis, entre outros motivos, porque tal poder implicaria na criação de direito novo, o qual seria aplicado retroativamente aos fatos, o que seria vedado pelo sistema jurídico. Além de a discricionariedade judicial não poder ser eliminada do sistema jurídico, conforme examinado no capítulo anterior, neste tópico demonstrou-se que a criação e a aplicação do direito pelos juízes, além de inevitáveis, são pensadas em níveis. Dizendo de outro modo: é impossível uma decisão judicial criar direito de um nada jurídico e, portanto, ela sempre aplica em algum grau um direito preexistente, mas também é impossível uma decisão judicial não criar direito em algum nível, pois ela sempre transcende o direito preexistente ao produzir um particular texto normativo que veicula uma dada norma jurídica, acrescentando, assim, alguma semântica jurídica. Com o passar do tempo a prática do Poder Judiciário vai reduzindo o nível de criação do direito em relação a determinado assunto, como aqueles relativos às normas com textura aberta, mas sem esgotar as semânticas possíveis. Com efeito, os precedentes do Poder Judiciário podem conter certos contornos sobre normas jurídicas que disponham sobre a igualdade, a liberdade, a justiça, o desenvolvimento nacional, o interesse social, o decoro parlamentar, a dignidade da pessoa humana etc., mas nunca esgotam as semânticas dessas palavras, seja porque não é possível prever o futuro, situações que apresentarão certas peculiaridades em relação aos casos já julgados, seja porque quando o futuro chegar, as práticas dos juízes nos casos difíceis podem mudar as semânticas já estabelecidas na tradição jurídica, sobretudo em razão da mudança do contexto histórico. Nos enunciados normativos vagos e ambíguos, embora ocorra uma redução dos campos de significados possíveis, nunca se dá uma espécie de esgotamento semântico, de forma que somente é possível a diminuição do grau criativo do direito nesses casos complexos, nunca uma eliminação absoluta do poder discricionário dos juízes.

4.2. A decisão judicial e a distinção em casos fáceis e difíceis

A diferenciação entre casos fáceis e difíceis é útil e adequada. Este trabalho usa esta distinção com grande frequência, em todos os capítulos, sem exceção. No entanto, o fato de ser conveniente a separação entre casos fáceis e difíceis, não significa que ela seja suficiente para lidar com o complexo fenômeno da decisão judicial e, muito menos, que ela seja clara e precisa. Tem muito ainda a ser aprofundado sobre o assunto. O primeiro ponto é distinguir duas visões a respeito dos casos, sendo uma relativa à perspectiva do juiz que decide e a outra concernente ao ponto de vista, para dizer de forma propositalmente abrangente, da sociedade em geral. A ideia aqui na segunda perspectiva é ser ampla mesma, de maneira que incluiria as partes do processo, os advogados das partes, a comunidade jurídica em geral, setores potencialmente afetados pela decisão judicial, diferentes subsistemas sociais etc. Enfim, a sociedade como um todo, com exceção dos juízes, que são as únicas pessoas, obviamente, que proferem as decisões judiciais. Nesse sentido, a perspectiva do Poder Judiciário configura um ponto de vista interno e a do resto da sociedade, que não tem o poder de proferir decisão judicial, representa um ponto de vista externo. Assim, o que pode ser considerado um caso difícil para um ponto de vista não significa necessariamente para o outro. Evidente que no âmbito social as pessoas podem discordar quanto à complexidade do caso, já que a sociedade é formada por pessoas com diferentes existências fáticas, visões de mundo, conjuntos de crenças e mundos circundantes. Claro que pode haver concordâncias quanto às complexidades dos processos, já que tanto os juízes quanto a sociedade em geral podem ter entendimentos convergentes no que tange à dificuldade de certos casos. No entanto, em relação ao tema tratado neste trabalho, é relevante ressaltar que a perspectiva mais importante é a do juiz. O que pode ser considerado difícil para a comunidade jurídica em geral não significa necessariamente que seja algo complicado para o particular juiz que irá julgar o caso. Por qual motivo? Resposta breve, ainda que imprecisa e insuficiente: existência fática do juiz. É que o juiz, ao julgar o caso, vem acompanhado de uma totalidade de significados gerados em sua existência fática, a qual repercute diretamente no seu trato com o processo. São várias as circunstâncias que podem tornar fácil ou difícil um caso para um específico juiz.

No mundo jurídico tradicionalmente se entende por casos difíceis aqueles relacionados especialmente, mas não exclusivamente, a três problemas notáveis. O primeiro problema refere-se à linguagem, pois os jogos de linguagem do mundo do direito são muitas vezes vagos ou ambíguos, visto que os enunciados normativos possuem palavras ou expressões com alto grau de abstração ou imprecisão, tais como aquelas relativas à segurança jurídica, justiça, eficiência, sociedade justa, crueldade, desenvolvimento nacional, interesse social, integridade do patrimônio genético, integridade física e moral, segurança da sociedade e do Estado etc. O segundo problema diz respeito aos conflitos entre normas jurídicas, especialmente entre princípios que contêm conceitos com elevada indeterminação, como, por exemplo, os choques entre os direitos à liberdade de expressão e de informação e os direitos à intimidade, à imagem e à privacidade, ou colisões entre as normas jurídicas que estabelecem o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente. O terceiro problema concerne à eventual existência de lacunas normativas específicas, que demanda um maior empenho de interpretação do sistema jurídico pelo Poder Judiciário. Importa esclarecer que o fato de haver lacuna não torna por si só um caso difícil, dependendo, assim, de outros elementos, relacionados, sobretudo, aos dois primeiros problemas citados.

Os casos difíceis não são taxativos, não podendo ser classificados em categorias estanques, definitivas e precisas, motivo pelo qual não se limitam aos três tipos de problemas citados, já que podem decorrer de outros fatores, como, por exemplo, o surgimento de uma nova tecnologia disruptiva ou um acontecimento histórico impactante, tal como guerra, pandemia, crise econômica extraordinária etc., que, a depender das suas consequências, pode gerar também casos complexos. Claro que estas situações fáticas exemplificadas – tecnologia disruptiva, guerra, pandemia, crise econômica extraordinária – também têm relação com as normas jurídicas, mas não se limitam aos problemas normativos acima mencionados, uma vez que as circunstâncias fáticas dos acontecimentos podem produzir por si só complexidade em um processo judicial, notadamente por se tratar de eventos novos em que o conhecimento é ainda incipiente acerca desses fenômenos. Nesse contexto, as decisões judiciais proferidas em casos difíceis, ainda que sejam bem fundamentadas e se originem de um devido processo legal com ampla discussão sobre o assunto, apresentam uma espécie de desacordo duradouro, de desentendimento perdurável, vale dizer, casos controvertidos geram

incompatibilidades entre os jogos de linguagem com grande duração temporal. E qual seria o principal motivo dessas divergências comunicacionais contínuas? Resposta: as desiguais existências fáticas das pessoas, que sinalizam diferentes visões de mundo e conjuntos de crenças.

Há um incessante desentendimento em questões relativas ao aborto, à união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, às cotas raciais, ao desenvolvimento nacional, à interpretação de normas jurídicas vagas ou ambíguas, à conflitos de variados princípios, ao trato com situações excepcionais de guerra, crise econômica, pandemia etc. Ademais, as decisões judiciais nos casos complexos devem ser proferidas independentemente de um conhecimento adequado ou não acerca dos efeitos futuros. Mas estes problemas não acontecem em todos os casos jurídicos? Evidente que não, porque nos casos fáceis se chega ao consenso quanto ao julgamento, ainda que exista um dissenso quanto aos alicerces da decisão judicial. Não há divergência em relação às decisões judiciais que não responsabilizam penalmente, nos termos do Código Penal, crianças ou adolescentes que cometeram crimes, que rejeitam ações no juizado especial questionando valores acima dos limites legais, que reconhecem a prescrição de um crédito tributário cuja execução fiscal foi ajuizada após o prazo de 05 (cinco) anos da sua constituição e que não teve nenhuma causa que suspendia o curso do prazo prescricional etc. Nestes exemplos de casos fáceis, pode haver desacordo no que toca às próprias normas que fundamentam os julgamentos do Poder Judiciário, mas não em relação à decisão judicial em si, isto é, pode haver pessoas que não concordem com a idade de 18 (dezoito) anos para a responsabilidade criminal, com o limite de 60 (sessenta) salários mínimos para ingressar com uma ação no Juizado Especial Federal, com o prazo de prescrição do crédito tributário de 05 (cinco) anos etc., mas este desentendimento aponta para o tema específico, para o horizonte da política, da sociedade em geral, e não para a específica decisão judicial que aplicou as citadas normas jurídicas. Portanto, a facilidade de entendimento comum por diferentes pessoas é um dos traços que sinaliza um caso fácil, isto é, a possibilidade de distintos juízes decidirem um processo do mesmo modo, mediante um procedimento simples de subsunção, em que há uma forma de raciocínio dedutivo que não gera divergência no mundo jurídico.

Uma das ideias que ajudam aprofundar a distinção entre casos fáceis e difíceis diz respeito à noção de disrupção. É que os casos fáceis não são disruptivos, nunca, enquanto os casos difíceis podem ou não ser disruptivos. De fato, nos casos

complexos há possibilidade de ruptura com as opiniões e decisões jurídicas prevalecentes sobre algo. O rompimento ocorre precisamente em relação a tradição. Os casos controvertidos são aqueles que permitem a ruptura com a tradição jurídica predominante e estabilizada sobre um assunto qualquer. Por conseguinte, se os casos complexos têm essa capacidade disruptiva, isso significa que eles têm que desenvolver um diálogo jurídico mais lento, amplo e aprofundado do que aquele que se dá no julgamento de casos fáceis, sendo preciso mais voltas – das partes ao todo e do todo às partes – nos círculos hermenêuticos, além de diferentes tipos de raciocínios jurídicos, já que um simples raciocínio dedutivo não dá conta de lidar com tais casos duvidosos. Nos casos fáceis não há necessidade de muita conversação hermenêutica e nem de raciocínios jurídicos mais sofisticados, podendo os juízes terminarem o diálogo com uma certa rapidez ao proferir suas decisões judiciais. A possibilidade de disrupção de uma tradição jurídica é uma possibilidade apenas dos casos difíceis, nunca dos casos fáceis. O mundo do direito contém predominantemente casos fáceis e casos intermediários, sendo que estes últimos não são identificados como simples nem complexos, estando, assim, em um espaço de incerteza, já que seus contornos não são claros e precisos. Os casos intermediários são aqueles, precisamente por sua posição no meio, que têm maior vocação para se transformar em casos controvertidos. Por sua vez, cabe destacar que, nos casos difíceis, havendo ou não uma decisão judicial disruptiva, haverá provavelmente desentendimentos sobre a decisão judicial. De fato, um dos traços dos casos difíceis é justamente um tipo de divergência duradoura acerca dos problemas tratados, porquanto, ainda que com o tempo a questão discutida possa perder importância, caindo até em um certo esquecimento, isso não significa uma eliminação total das divergências. Assim, como o dissenso é inerente nos casos complexos, estes comumente geram rupturas comunicacionais na sociedade a respeito de determinadas questões.

O problema acima exposto acerca das divergências duradouras na sociedade em relação aos casos difíceis tem conexão também com a questão da aplicação de sentidos na prática hermenêutica dos juízes. É que nos casos fáceis há uma estabilização dos sentidos jurídicos aplicáveis pelos juízes ao proferir as decisões judiciais. Embora cada caso apresente uma particular situação hermenêutica para os juízes, havendo, assim, uma necessidade de consciência da história efeitual e dos diferentes horizontes históricos, exatamente por se tratar de caso fácil as

possibilidades de mutações ao longo da história são muito limitadas. Todavia, nos casos intermediários o grau de variação de sentidos jurídicos a respeito de um assunto se eleva. E quando se trata dos casos controvertidos, os sentidos jurídicos aplicados pelos juízes podem se alterar radicalmente ao longo da história, isto é, quanto mais há um distanciamento temporal do Poder Judiciário em relação a um específico problema gerador de um caso controverso, mais se expande o campo de possibilidades de decisões judiciais distintas e divergentes. Isso porque nos casos difíceis as situações hermenêuticas dos juízes sofrem fortes modificações no decorrer da história, gerando, assim, possibilidades de aplicação de novos sentidos jurídicos em virtude de novas conjunturas. Com isso, os casos controversos exigem diálogos hermenêuticos mais sofisticados do que os casos fáceis, que repercutem diretamente na fundamentação das decisões judiciais. Nos casos simples eventuais diálogos internos aprimorados realizados seriam desnecessários, mas nos casos complexos os diálogos internos necessitam ser bem desenvolvidos, muitas vezes internacionalizando certos diálogos hermenêuticos externos sobre o assunto. Esta questão referente aos distintos tipos de diálogos hermenêuticos será tratada mais adiante no tópico relativo à fundamentação.

O poder discricionário é outro fator que contribui para a identificação dos casos fáceis e difíceis. É que, partindo da premissa de que a discricionariedade é insuperável no sistema do direito, é conveniente pensá-la em termos de níveis, de maneira que nos casos simples os juízes não têm discricionariedade ou ela é mínima, e nos casos complicados o poder discricionário, que não pode ser e nunca é absoluto, é, porém, muito mais elevado. A discricionariedade nos casos intermediários estaria ora se aproximando do modo de ser dos casos fáceis, ora tendendo ao modo de ser dos casos difíceis, ora em uma situação com uma certa equidistância entre os dois. Há uma imprecisão evidente, o que não é novidade no mundo jurídico, sendo a inexatidão, no sentido ora exposto, um aspecto comum do sistema do direito. A ideia de casos fáceis e difíceis é indissociável da noção de discricionariedade, de maneira que o espaço do poder discricionário em relação a um caso concreto contribui para o entendimento do caso como fácil, difícil ou como intermediário entre esses dois. O poder discricionário do juiz é variável conforme o grau de complexidade do caso, de maneira que não é possível entender a discricionariedade judicial dissociada do caso concreto. Destarte, um dos elementos distintivos entre os casos fáceis e difíceis é o grau do poder discricionário dos juízes.

Em um caso fácil, a existência fática singular de um juiz, com sua visão de mundo e seu conjunto de crenças, não tem relevância ou tem pouquíssima influência. Fazendo uma analogia com o mundo da matemática, não é muito relevante o aspecto existencial de alguém quando o que está em jogo são cálculos simples, como somar três mais três. É claro que uma criança muito pequena ou uma pessoa com deficiência mental podem não conseguir ou ter dificuldades para fazer tal cálculo, mas aí são situações excepcionais. E como os juízes não são crianças e nem deficientes mentais, as suas distintas existências fáticas cotidianas e tonalidades afetivas que a acompanham não têm importância nos casos singelos. Diferente, porém, é o que ocorre nos casos complicados, em que há um maior poder discricionário. Aí a existência fática singular do juiz, carregada de diferentes tonalidades afetivas sobre questões variadas, tem relevância no julgamento do processo judicial. E nos casos intermediários, por estarem em um âmbito de incerteza entre os fáceis e difíceis, a existência fática do juiz pode ou não ter relevância em sua atividade judicial. Pode-se trazer como exemplos de casos intermediários, embora pendam mais para serem entendidos como casos fáceis – a classificação dos casos, repita-se, não apresenta categorias herméticas e definitivas –, os processos judiciais em que os juízes têm que fixar pensão alimentícia, honorários advocatícios, pena para um crime comum praticado em uma situação normal etc. Nestes processos mais simples há também poder discricionário do juiz, mas em grau menor do que nos casos difíceis.

A análise de um caso complicado neste tópico é orientada especialmente pela perspectiva do juiz, como mencionado acima. Porém, como abordou-se a questão da criação de direito pelo Poder Judiciário e, consequentemente, o problema da retroatividade da norma jurídica, é importante um breve exame acerca do olhar das partes envolvidas em um processo complicado. O risco do direito relativo ao risco de uma decisão judicial julgar um caso em uma dada direção tem relação com a existência fática de qualquer ser humano. A pessoa que, diante de uma dada situação em que não há clareza do que se trata, do que está realmente envolvido, das consequências do fenômeno, corre riscos nas decisões cotidianas. Estes riscos atinentes às decisões da vida cotidiana implicam, consequentemente, riscos no âmbito jurídico, precisamente por se tratar de situações excepcionais, circunstâncias extraordinárias. O ponto é: quando surge um processo judicial relativo a uma circunstância incomum, as partes envolvidas possivelmente têm – se não têm, os advogados delas provavelmente têm – uma certa compreensão de que se trata de

uma situação especial, de circunstâncias não ordinárias ou não comuns do cotidiano, enfim, há um grau de compreensão que se trata de um caso diferenciado, de um caso controvertido. Viu-se com Heidegger que a compreensão é um dos elementos originários da abertura do ser-aí, ente este que compreende e interpreta possibilidades. Assim, na existência cotidiana existem compreensões de fenômenos e de possibilidades mais simples ou mais complexas. Não é difícil uma criança compreender e interpretar possibilidades de uma bola, uma bicicleta, um carrinho, um brinquedo simples qualquer etc., mas é muito mais difícil, senão impraticável, uma criança compreender e interpretar possibilidades derivadas de fenômenos como uma pandemia, uma guerra, uma eleição de um novo presidente, uma grave crise econômica etc. A relação da existência fática de cada pessoa com os fenômenos e entes do mundo vão repercutindo em graus variados de compreensão e interpretação de possibilidades. No mundo do direito ocorre exatamente a mesma coisa, na medida em que ele é apenas uma dimensão do mundo em sentido amplo. Logo, os problemas que geram processos judiciais também têm níveis distintos de compreensão e de interpretação, seja em razão da capacidade da pessoa, derivada da sua particular existência fática, seja em razão da singularidade do fenômeno tematizado.

Os casos difíceis representam situações jurídicas que se revelam controvertidas para as partes e para os juízes, em geral. Aqui enfatiza-se o *em geral*, pois os casos complicados podem não ser assim para um específico juiz em particular, em virtude de uma série de motivos derivados de sua existência fática cotidiana, como, por exemplo, se tratar de um caso cujo tema e problema já foram estudados, pesquisados, vivenciados etc. pelo específico juiz que vai julgar o processo. Por exemplo, imagine um juiz que vai julgar um caso difícil relativo ao problema do aborto de fetos anencefálicos. Suponha que por uma tragédia de sua existência fática esse juiz tivesse passado por essa experiência, isto é, tivesse tido um filho com essa triste situação e, portanto, vivenciado, pesquisado sobre o assunto, estudado a questão etc. Todos esses eventos de sua existência fática vão formando preconcepções – os preconceitos de Gadamer – que, na eventualidade de chegar um caso complexo desse para a comunidade jurídica e para o Poder Judiciário em geral, este processo não seria difícil para este específico juiz, em virtude das condições singulares de sua existência fática, que já forneceram prejulgamentos que irão nortear sua decisão judicial, sobretudo porque nestes casos complexos o poder discricionário dos juízes se expande. Assim, no que concerne à questão dos níveis compreensivos e

interpretativos que as pessoas têm sobre os fenômenos de sua existência cotidiana, constata-se que elas têm diferentes entendimentos dos casos que são levadas a juízo quando elas são partes em um processo judicial, isto é, não é difícil que as pessoas que são partes de processos judiciais – ou seus advogados – tenham compreensão dos níveis de complexidade de diferentes questões. Claro que há pessoas que não têm compreensão adequada, por qualquer motivo que seja, como uma doença mental, por exemplo. Porém, em circunstâncias normais, as partes e/ou os seus advogados têm uma certa compreensão que alguns casos não são ordinários, não são simples, não são habituais, de maneira que as decisões judiciais sobre estes casos não são previsíveis. Sim, há uma previsibilidade das decisões judiciais em muitos casos, até porque os casos difíceis são a minoria. Uma coisa é julgar um caso fácil do direito tributário envolvendo uma simples análise de extinção do crédito tributário em razão do pagamento da dívida ou de uma prescrição patente. Outra coisa é julgar um caso difícil tributário em que a matéria envolve um fenômeno novo como o Bitcoin ou outra criptomoeda. Discutir a tributação de criptomoedas abarca diferentes situações: mineração de criptomoedas, troca entre criptomoedas ou troca de criptomoedas por serviços ou bens. Assim, alguém que, por exemplo, realiza constantes operações com criptomoedas tem compreensão de que existe a possibilidade de ser cobradas certas prestações pecuniárias, sofrer aplicação de eventuais sanções. Os riscos das decisões da vida cotidiana têm certa conexão, em alguma medida, com os riscos das decisões judiciais. Diante de um caso difícil as partes e/ou os seus advogados têm uma maior abertura compreensiva à possibilidade da negatividade, à possibilidade do não, isto é, à possibilidade de não ter sua pretensão atendida, de maneira que as partes e/ou os seus advogados, nos casos complexos, não têm certeza do resultado, embora possam ter uma convicção no seu pleito. Isso significa que as partes e/ou os seus advogados têm compreensão de que os fatos questionados judicialmente podem ser interpretados em uma ou outra direção, sendo comum, nos casos difíceis, desacordos quantos aos sentidos jurídicos que são aplicados.

Por seu turno, não é raro no julgamento dos processos judiciais uma espécie – pode-se dizer – de preguiça hermenêutica, no sentido de que não há uma adequada fundamentação das decisões judiciais, em que há um apropriado diálogo com distintas visões e racionalidades jurídicas relativas ao caso. Com isso, é usual os juízes fundamentarem as suas decisões judiciais em argumentos superficiais ou argumentos de autoridade. No entanto, um diferencial dos casos difíceis é a importância de realizar

comportamentos teóricos, uma vez que a mera prática jurídica não é suficiente para lidar com diversas questões que se manifestam nos processos controvertidos. Realmente, a prática dos juízes, em geral, dá conta de lidar com os casos fáceis, já que usualmente não há problema em subsumir alguma questão à uma determinada norma jurídica. Isso significa que os casos simples possibilitam uma espécie de automatismo do Poder Judiciário, vale dizer, que as decisões judiciais podem ser proferidas sem aprofundamentos teóricos, já que o conhecimento da prática jurídica cotidiana é comumente capaz de lidar com esses tipos de processos. O mesmo já não ocorre nos casos complexos, que necessariamente tiram os juízes desses automatismos cotidianos, possibilitados por preconcepções e redes referenciais significativas, isto é, nos processos complicados há uma forma de rompimento com as cadeias de significados jurídicos que possibilitam práticas automáticas do Poder Judiciário. Logo, são demandados também comportamentos teóricos dos juízes para lidar com os casos difíceis.

Em relação ao presente assunto, é oportuno trazer algumas lições de Dworkin, mormente porque os temas da discricionariedade judicial e da tese da única resposta correta são aqui discutidos com base no pensamento dworkiniano. Mesmo nos casos difíceis, não há discricionariedade – em sentido forte – para Dworkin, de modo que o Poder Judiciário não pode criar um direito novo, mas sim descobrir os direitos de um sistema jurídico. Admitindo que a sua tese é polêmica, Dworkin reconhece que esta situação, em que há uma espécie de desvelamento de direitos velados nos casos difíceis, apresenta comumente discordância entre os intérpretes, sobretudo porque não há um procedimento unívoco e automático para o descobrimento da resposta correta em um caso controvertido. Para Dworkin, os juízes não são e não podem ser delegados, mandatários, representantes do Poder Legislativo. Para defender as suas ideias sobre o problema ora analisado em relação aos casos controversos, Dworkin faz uma distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio. Estes dois tipos de argumentos são os alicerces necessários das decisões e justificações políticas. Os argumentos de política referem-se aos objetivos coletivos de uma determinada comunidade e os argumentos de princípio concernem aos direitos das pessoas ou de grupos pertencentes a uma específica comunidade. A partir desta divisão, Dworkin entende que Poder Judiciário deve decidir apenas com base em argumentos de princípio, ao passo que o Poder Legislativo se orienta ao criar uma lei tanto por argumentos de política quanto por argumentos de princípio. Segundo

Dworkin, existem duas razões fundamentais para que as decisões judiciais sejam proferidas apenas com base em argumentos de princípio: (i) os juízes não são eleitos pelo povo – pelo menos é assim no Brasil –, isto é, a democracia confere poder apenas ao Poder Legislativo – e também ao Poder Executivo em certas situações – para criar leis, já que estes poderes sãos os únicos que representam a vontade do povo; (ii) os juízes não podem criar um direito novo e aplicá-lo de forma retroativa em um caso concreto, situação esta que não acontece se eles decidirem guiados apenas por argumentos de princípio, mas que ocorre se eles se orientam por argumentos de política.

A distinção dworkiniana entre argumentos de princípio e argumentos de política diz respeito a três aspectos essenciais: (i) distinção entre direitos individuais e objetivos sociais, (ii) função dos precedentes e da história institucional e (iii) decisão não só com apoio em fundamentos jurídicos, mas também em fundamentos de moralidade política. Em relação ao primeiro aspecto, os argumentos de princípio determinam direitos individuais e os argumentos de política determinam metas coletivas. Dworkin entende que um direito de uma pessoa é um objetivo político individuado e que uma meta coletiva é um objetivo político não individuado, como, por exemplo, a redução do déficit habitacional. Embora não seja absoluta a supremacia, a noção de direito pressupõe uma certa prevalência sobre as metas coletivas, ou seja, a ideia de direito individual exige uma espécie de capacidade de resistência aos objetivos coletivos. Assim, as decisões judiciais devem ser proferidas com base em direitos (argumentos de princípio) e não com base em metas políticas (argumentos de política). No que se refere aos precedentes e à história institucional, Dworkin faz uma distinção entre direitos preferenciais e direitos institucionais. Estes últimos são os direitos efetivamente protegidos por um sistema jurídico, na medida que concernem às práticas já institucionalizadas em uma comunidade, sobretudo pelo Poder Judiciário por meio dos precedentes. Com efeito, se os jogos de linguagens do Poder Legislativo sinalizam argumentos de princípio e de política, os jogos de linguagens dos precedentes indicam apenas argumentos de princípio. As reiteradas práticas do Poder Judiciário não consolidam uma posição política, mas uma posição jurídica institucional sobre um dado assunto, exercendo, assim, uma determinada influência – força gravitacional no jogo de linguagem dworkiniano – sobre as decisões judiciais futuras.

A força gravitacional dos precedentes tem sustentáculo na equidade, pois esta impõe que casos iguais ou semelhantes sejam julgados de maneiras iguais ou semelhantes. A equidade faz com que o precedente tenha certo poder no futuro. Todavia, a influência dos precedentes no julgamento de um processo complexo dependerá do contexto histórico e das circunstâncias fáticas atuais do caso, bem como da visão de mundo e do conjunto de crenças do juiz, que derivam de sua particular existência fática. Ademais, a força gravitacional dos precedentes, alicerçada na equidade, só ocorre em virtude de as decisões judiciais serem proferidas com base em argumentos de princípio, pois se elas forem fundamentadas por argumentos de política, os precedentes não têm – ou têm pouco – poder de influenciar. Deveras, os objetivos coletivos que representam os argumentos de política são variáveis, contingentes e temporais, de forma que eles não precisariam ser buscados por outros juízes, que têm existência fática cotidiana em outras conjunturas históricas e sociais. O mesmo já não ocorre com os argumentos de princípio, tendo em vista que estes apontam para um superior grau de estabilidade e de perenidade, isto é, eles remetem a uma maior permanência temporal, já que se concernem à direitos individuais. Portanto, a força gravitacional dos precedentes somente acontece se eles forem fundamentados em argumentos de princípio. Com isso, é preciso descobrir qual é o conjunto de princípios mais adequado para fundamentar os precedentes. E aqui a existência fática singular de um juiz não tem força na adoção do agrupamento de princípios, porque este conjunto principiológico deve ser estabelecido de acordo com os princípios jurídicos e de moralidade política, vale dizer, os princípios não podem desrespeitar as tradições morais comunitárias. Destarte, somente se os argumentos de princípio forem compatíveis com a moralidade política de uma comunidade é que se poderá falar de direitos institucionais autênticos.

4.3. A decisão judicial e o princípio da proibição da denegação de justiça

Uma das consequências do princípio da proibição da denegação de justiça, também conhecido como vedação do *non liquet*, é que as partes têm direito à uma resposta do Poder Judiciário. Outra consequência é a possibilidade de criação de direito pelos juízes, em graus variados, a depender do caso concreto. A obrigação de

decidir do Poder Judiciário gera, nos casos controversos, uma discricionariedade judicial, isto é, a proibição do *non liquet* produz, no que tange aos casos difíceis, tanto um dever de julgar como um poder discricionário para julgar. É que nos casos complexos não há uma mera relação de hierarquia entre a legislação e as decisões judiciais, como ocorre nos casos fáceis, que podem ser julgados, em geral, por simples procedimentos de subsunção. Realmente, os casos complicados indicam tanto uma relação de circularidade quanto uma relação de hierarquia entre a legislação e a decisão judicial, já que nestes casos a criação de direito pelo Poder Judiciário ocorre em um grau mais elevado. Com isso, não é somente a legislação que limita a decisão judicial, mas esta também restringe, em certas situações, a legislação. De fato, as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal relativas, por exemplo, às cotas raciais nas universidades públicas, à união de pessoas do mesmo sexo, ao nepotismo na administração pública etc., limitam a legislação, especialmente o legislador infraconstitucional. Isso significa que há uma forma de restrição recíproca derivada da discricionariedade do Poder Judiciário e da discricionariedade do Poder Legislativo, em relação aos aludidos assuntos julgados pelo STF. Porém, ainda que os casos difíceis sinalizem aspectos de hierarquia e de circularidade entre legislação e decisão judicial, usualmente há uma superioridade do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário no que diz respeito aos julgamentos dos processos judiciais, porque os juízes são indubitavelmente subordinados à lei em um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, é oportuno fazer algumas breves concatenações entre o princípio da democracia com o princípio da proibição da denegação de justiça, bem como acerca do problema relativo à possibilidade de efeitos retroativos das decisões judiciais.

Importa salientar, inicialmente, que os direitos criados em certos níveis por decisões judiciais proferidas em casos difíceis podem ter, eventualmente, alguns efeitos retroativos. Como a decisão judicial em um caso duvidoso estabelecerá uma situação jurídica que não existia de forma clara e concreta antes dela, a consequência é produzir certos efeitos retroativos, mas não criar um direito retroativo em um sentido amplo, porque o Poder Judiciário sempre tem um dado sistema jurídico para orientar seus julgamentos, isto é, não aprecia um caso concreto a partir de um vazio jurídico, de um vácuo de sentidos, pois nunca há uma lacuna integral, mas apenas lacunas de enunciados normativos particulares, já que há sempre alguma totalidade de significância jurídica derivada do sistema do direito. Esta circunstância decorre do fato de que o sistema jurídico nunca consegue prever todas as situações relativas aos

acontecimentos humanos e não humanos ao longo da história, de maneira que as decisões judiciais, nesse contexto, podem ter, ocasionalmente, um caráter retrospectivo. Apesar de as decisões judiciais produzirem efeitos para o futuro, nos casos complexos em que o nível de criação do direito é maior, elas também podem se dirigir ao passado. Os juízes articulam em algum grau o passado e o futuro ao proferir uma decisão judicial. Toda decisão judicial proferida no presente ecoa de alguma forma no passado e no futuro, na medida em que ela é sempre dirigida a um caso concreto no presente, relativo a alguma questão já ocorrida no passado, que produzirá efeitos no futuro. Como do ponto de vista temporal a decisão judicial é proferida sempre em um dado momento do tempo presente, ela não é nunca uma mera reprodução do passado, ou seja, o passado não define absolutamente o julgamento, uma vez que o presente e o futuro também influenciam, quando são consideradas a situação hermenêutica atual e as consequências da decisão judicial. As possibilidades decisórias são possibilidades geradas, especialmente, pelo passado, mas como não há apenas uma única resposta inquestionável em um caso controvertido, a decisão judicial sempre constitui algo novo no tempo presente por meio da introdução de uma determinada norma jurídica, de modo que em algum grau toda decisão judicial sempre cria direito. Portanto, não é somente o passado que fundamenta as decisões judiciais, pois a conjuntura hodierna e as consequências também podem ter influência, de maneira que nestas situações o presente e o futuro também repercutem nas fundamentações das decisões do Poder Judiciário.

A impotência do direito quanto à previsibilidade do futuro em relação à diversas situações da vida, possibilita que sejam proferidas decisões judiciais com certos efeitos retroativos em casos complexos, relativamente a uma situação fática determinada. Faz parte do jogo do direito e do jogo da vida. As conjunturas e as circunstâncias do caso mitigam essa violação à irretroatividade de um específico direito não previsto explicitamente em lei, tendo em vista que há um tipo de jogo de entender, aprender, desvelar, descobrir etc., em situações especiais, quem tem direito em virtude de um fenômeno novo. Nos casos duvidosos comumente não há clareza acerca do direito. Como o sistema do direito tem na sua base a existência fática das pessoas em sociedade, ele é, nesse sentido, atrasado em relação à facticidade do mundo e à facticidade da existência humana, vale dizer, comumente o sistema do direito chega tarde. As normas jurídicas e as teorias jurídicas comumente vêm depois, retardadas, em relação à facticidade da existência, até porque toda tentativa de

prever, regular e controlar o futuro é uma empreitada sem qualquer garantia de sucesso. Porém, a grande possibilidade de fracasso em se adivinhar o futuro não impede que as decisões judiciais considerem as consequências. Ainda que sem qualquer certeza de êxito, olhar para frente é importante e necessário na prática jurídica, havendo inclusive previsão nesse sentido na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro[242]. Destarte, a criação de direito nos casos duvidosos está conectada com a obrigação de julgar dos juízes, que proferem decisões judiciais guiadas tanto por uma visão retrospectiva quanto por uma visão prospectiva, a partir de uma situação hermenêutica no tempo presente.

As situações especiais concernentes aos casos controvertidos, em que há um maior nível de criação de direito pelo Poder Judiciário, são compatíveis com a concepção de democracia. A noção de democracia é compatível com a produção de direito pelos juízes, em certo grau, caso se entenda a produção de direito em sentido estrito, como forma de introdução de normas jurídicas no sistema do direito por meio de uma decisão judicial. Nesse sentido, a noção de democracia é harmônica com a criação de direito pelos juízes, porque neste caso a geração de direito é entendida em sentido limitado, que diz respeito a formação de normas jurídicas – individuais e concretas, em sua maioria – por meio de decisões judiciais. A violação ao princípio da democracia se dá quando a criação de direito pelo Poder Judiciário ocorre em dissonância com o sistema jurídico, violando suas normas explícitas ou implícitas. O princípio da proibição da denegação de justiça deve ser compatibilizado com o princípio da democracia, porque aquele pode existir independentemente deste último, isto é, em um país pode não haver uma democracia, mas pode haver o princípio da vedação da denegação de justiça. No Brasil, o princípio da proibição da denegação de justiça é uma caraterística fundamental do Poder Judiciário. Como o princípio da vedação do *non liquet* é um traço intrínseco do Poder Judiciário, no sentido aqui exposto, ele pode prevalecer sobre o princípio da democracia em certos e específicos contextos que envolvam o julgamento de casos difíceis. Este princípio remete a uma certa visão ontológica do Poder Judiciário, isto é, para o modo de ser do Poder Judiciário. O Poder Judiciário proferi decisões judiciais sobre todo e qualquer caso que se lhe apresenta. Não há possibilidade de não resposta pelo Poder Judiciário, de um vácuo decisório diante de um caso concreto, ainda que a decisão seja para rejeitar

[242] Artigos 20 e 21 do Decreto-lei nº 4.657/42, alterado pela Lei nº 13.655/2018.

o processo, para não analisar o mérito, em razão de algum motivo qualquer, como, por exemplo, a configuração de litispendência. Claro que há casos em que o processo é rejeitado em razão do descumprimento de requisitos que impossibilitam seu regular prosseguimento, como, por exemplo, não pagar as custas judiciais. Mas mesmo nestes casos, sempre haverá uma resposta do Poder Judiciário, mas não, evidentemente, em relação ao mérito da demanda. O assunto da democracia é tão fundamental que exige investigações próprias e aprofundadas, que não têm condições de serem feitas neste trabalho, que foca essencialmente no tema da decisão judicial.

É relevante frisar que a proibição do *non liquet* está atrelada ao conceito de justiça, na medida em que esta não pode ser negada em um processo judicial. O princípio da vedação da denegação de justiça indica que o Poder Judiciário não pode deixar de proferir uma decisão judicial diante de um caso concreto. Como as decisões judiciais pressupõem a imparcialidade dos juízes, o devido processo legal e a aplicação adequada do direito a um dado caso concreto, elas são associadas a um tipo de justiça particular, vale dizer, as decisões judiciais sinalizam uma espécie de justiça concreta – justiça específica ou justiça em sentido estrito. Daí porque uma decisão judicial não pode ser negada, uma vez que configuraria uma negação da justiça, motivo pelo qual para o Poder Judiciário existe a obrigação de decidir. O dever de decidir dos juízes implica também em um poder de decidir. E este poder de decidir traz também um poder discricionário nos casos difíceis, na medida em que o princípio da denegação de justiça gera um dever de decidir, mas não um dever de decidir de uma única maneira em um caso complexo, em que há lacunas normativas específicas, conflitos entre princípios, vaguidades ou ambiguidades nas normas jurídicas etc. E é nesse contexto que não ocorre uma pura relação de hierarquia entre a legislação e a decisão judicial, já que se manifesta também uma relação de circularidade, onde o Poder Judiciário cria direito em um determinado grau, nunca de forma absoluta e total, na medida em que toda e qualquer decisão judicial nunca é proferida a partir de um nada jurídico, já que há sempre o sistema do direito como uma totalidade de significados jurídicos norteando os julgamentos do Poder Judiciário.

O princípio da vedação da denegação de justiça ratifica a supremacia da prática sobre a teoria na cotidianidade jurídica de um juiz, tendo em vista que, mesmo havendo uma ausência de conhecimentos inequívocos sobre um problema jurídico específico, o Poder Judiciário tem o dever de julgar, de maneira que nestas circunstâncias a decisão judicial decorrerá especialmente de um trato prático com o

caso, vale dizer, haverá a preponderância de algum tipo de pragmatismo judicial para lidar com o processo quando a solução não é inquestionavelmente clara ou conhecida do ponto de vista teórico. Heidegger enfatizou a primazia do comportamento prático sobre o teórico na existência fática cotidiana do ser-aí. Uma das consequências da supremacia da práxis é o uso no mundo do direito de certos conceitos que possibilitam a prolação de decisões judiciais em casos difíceis, não violando, assim, o princípio da proibição da denegação de justiça. Quais seriam essas concepções previstas nos sistemas jurídicos para lidar, sobretudo de maneira prática, com os casos concretos complexos? São aquelas tradicionais ideias já mencionadas no tópico relativo à aplicação e à criação do direito pela decisão judicial: analogia, costumes e princípios gerais do direito. No específico caso do sistema jurídico brasileiro, esses conceitos estão previstos em leis esparsas e também na própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são concepções desenvolvidas pela prática e teoria jurídicas para lidar com diversos problemas que se manifestam no mundo do direito, que apresentam certos obstáculos para o Poder Judiciário julgar determinados processos judiciais. Nesse contexto, essas noções jurídicas, embora sejam frutos também de comportamentos teóricos, têm sua origem na lida prática das pessoas no mundo e têm como finalidade resolver questões práticas e casos concretos do mundo do direito. O princípio da proibição da denegação de justiça possibilita a criação, a manutenção ou a extinção de certas concepções jurídicas. Realmente, como o Poder Judiciário é obrigado a decidir, mesmo processos judiciais em que o direito não é claro, a consequência é o uso de determinados instrumentos jurídicos para lidar com esses casos complexos. O princípio da vedação da denegação de justiça contribui para uma forma de maximização do uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, na medida em que estes conceitos se tornam fundamentais para os juízes decidirem os casos difíceis, especialmente porque têm relação também com a tradição e com as normas morais, que são essenciais para resolver os processos complexos. Estes conceitos jurídicos são tipos de instrumentos decisórios que possibilitam uma discricionariedade judicial nos casos controversos e, consequentemente, possibilitam decisões judiciais inadequadas. Porém, mesmo as decisões judiciais inapropriadas têm validade jurídica, tendo em vista que introduzem normas jurídicas no sistema do direito que produzem efeitos até que outras normas jurídicas declarem o contrário.

O princípio da vedação da denegação de justiça tem relação com distintos temas jurídicos, tais como os relativos ao poder discricionário dos juízes, à aplicação e à criação do direito, à distinção entre casos fáceis e difíceis, à fundamentação das decisões judiciais etc. Como o princípio da proibição da denegação de justiça impõe ao Poder Judiciário o dever de decidir, ele rompe com o traço de infinitude do diálogo hermenêutico, fazendo com que este, especificamente em um processo judicial, tenha um término. Realmente, conforme lições de Gadamer, as conversas hermenêuticas sempre podem ser retomadas, possuindo, assim, um caráter sem fim. Todavia, no particular diálogo hermenêutico que acontece em um processo judicial, não há esse aspecto infindável, uma vez que os juízes são sempre coagidos a decidir em razão do princípio da vedação do *non liquet*. Uma das consequências é a possibilidade de muitas decisões judiciais serem proferidas sem a devida consciência hermenêutica, a partir de preconceitos inadequados. Não raramente são proferidas decisões judiciais sem uma ajustada cognição sobre o caso concreto, já que a vedação do *non liquet* impõe a necessidade de respostas, independentemente de elas serem elaboradas com base em pressupostos autênticos ou não. Claro que essa debilidade hermenêutica em certos julgamentos do Poder Judiciário não deriva apenas do princípio da proibição da denegação de justiça, visto que há outros fatores que também contribuem para uma práxis hermenêutica inapropriada dos juízes, inclusive de cunho existencial. Deveras, a existência fática, as tonalidades afetivas e o mundo circundante social, por exemplo, são fenômenos que podem repercutir em uma ajustada ou desajustada prática hermenêutica em relação a um caso concreto. O princípio da vedação da denegação de justiça obriga o Poder Judiciário a julgar, mas como se dá esse julgamento, para além das práticas e teorias jurídicas, há um alicerce existencial que ressoa nos prejulgamentos hermenêuticos dos juízes, como já analisado anteriormente com base nas ideias de existência fática pretensamente neutra, existência fática tendenciosa e normatividade existencial. Como acontece a decisão judicial de um caso concreto remete também a fenômenos que estão fora do sistema do direito e que são comuns aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no que diz respeito à condição existencial de quem decide. Porém, a obrigação de julgar é exclusiva dos juízes, sendo o princípio da proibição da denegação de justiça uma norma que singulariza o Poder Judiciário e que lhe confere um destaque no mundo jurídico.

4.4. A fundamentação da decisão judicial

Um entendimento apropriado de uma decisão judicial só é possível em virtude da sua fundamentação. Se toda decisão judicial é proveniente de um diálogo hermenêutico, a fundamentação da decisão é condição de possibilidade para o encerramento da específica conversação ocorrida em um processo judicial. Sem a fundamentação, a decisão judicial é nula e, consequentemente, não há o término do diálogo jurídico a respeito de um caso concreto. A fundamentação é o elemento da decisão judicial que possibilita enxergar os principais aspectos jurídicos da conversação hermenêutica realizada em um dado processo judicial. Na fundamentação há abertura para uma utilização mais detalhada de outro jogo de linguagem jurídico: a linguagem da ciência do direito. Assim, a fundamentação de uma decisão judicial possibilita em um só texto a reunião da linguagem normativa do direito posto com a linguagem descritiva da ciência do direito, bem como de outros campos do conhecimento, tais como os relativos à filosofia, sociologia, biologia, antropologia, psicologia etc. Nesse contexto, a fundamentação de uma decisão judicial pode tanto indicar um diálogo hermenêutico interno simples quanto um diálogo hermenêutico interno sofisticado, a depender do caso concreto. Melhor explicando: no julgamento dos casos fáceis não há necessidade de a fundamentação conter diálogos internos aprimorados nem diálogos externos sobre o assunto, porque nos processos sem complexidade basta que os juízes apontem os enunciados normativos e as razões apresentadas pelas partes de modo mais singelo, vale dizer, um modesto diálogo hermenêutico interno é suficiente para a geração de uma adequada decisão judicial, já que se trata de um caso não controvertido. De fato, um processo fácil não exige discussões doutrinárias, análises de precedentes, estudos de campos de conhecimento distintos do mundo jurídico, participação do *amicus curiae*[243] etc. O mesmo já não ocorre com os processos difíceis, em que um diálogo hermenêutico interno simples não basta, sendo necessário o auxílio de conhecimentos filosóficos

[243] Estabelece o Código de Processo Civil: “DO AMICUS CURIAE – Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

e/ou científicos, estudar os precedentes, solicitar a participação do *amicus curiae* etc., vale dizer, nos casos controvertidos certos diálogos externos sobre o tema discutido precisam ser interiorizados pelas partes e pelo Poder Judiciário, como ocorreu, por exemplo, no caso relativo à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Nos casos complexos, portanto, as fundamentações das decisões judiciais precisam retratar convenientemente o aprimorado diálogo hermenêutico interno realizado, sendo frequentemente necessária a interiorização de certos diálogos hermenêuticos externos sobre o assunto discutido.

A fundamentação é a parte da decisão judicial que eventualmente pode sinalizar, expressa ou tacitamente, os fenômenos até aqui estudados, especialmente os elementos originários da abertura do ser-aí. A existência fática, a disposição, a compreensão, a interpretação, a linguagem e a decadência são fenômenos indissociáveis de toda e qualquer decisão judicial e estão relacionados com a sua fundamentação, embora não sejam todos visíveis, em boa parte das vezes. Nesse contexto, é oportuno estabelecer aqui uma distinção entre os elementos transparentes e os elementos opacos de uma decisão judicial. Os elementos transparentes são ordinariamente a compreensão, a interpretação e a linguagem de um juiz, uma vez que eles são comumente revelados na decisão judicial, especialmente na parte relativa à fundamentação, ou seja, eles são componentes, de modo geral, perceptíveis[244]. Por sua vez, os elementos opacos são habitualmente a existência fática, a disposição e a decadência de um juiz, porquanto, na maioria das vezes, eles não são manifestos na decisão judicial, mesmo na sua fundamentação, em razão das peculiaridades destes fenômenos, conforme análises realizadas nos primeiros capítulos. E mesmo na eventualidade de serem descobertos, os elementos opacos são conhecidos, em geral, de uma forma superficial. Apenas ocasionalmente é possível identificar alguns traços dos elementos opacos em uma decisão judicial, mas nas raras vezes em que isso acontecer, é na parte da fundamentação que será possível visualizar. Realmente, é praticamente inviável enxergar características atinentes à existência fática, à decadência e às tonalidades afetivas de um juiz por

[244] Na eventualidade de os elementos transparentes da decisão judicial serem contraditórios ou não serem claros, as partes do processo podem interpor o recurso de embargos de declaração, conforme prevê o artigo 1.022 do Código de Processo Civil, o artigo 619 do Código de Processo Penal, o artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o artigo 275 do Código Eleitoral e o artigo 542 do Código de Processo Penal Militar.

meio da análise de sua decisão judicial. Porém, quando excepcionalmente há um julgamento em que o juiz revela algum traço desses fenômenos, tal aspecto é especialmente identificado na fundamentação da decisão judicial. A percepção de uma eventual existência fática tendenciosa de um juiz em uma decisão judicial, por exemplo, é mais adequadamente enxergada a partir do todo do processo, isto é, a partir do modo como o juiz conduz e se comporta no curso do processo judicial ao proferir as suas decisões. Pode caracterizar uma situação de existência fática tendenciosa em relação ao caso, por exemplo, o juiz de um tribunal que retarda o julgamento de mérito de uma dada matéria, sobretudo quando já proferiu uma decisão liminar no processo que está produzindo efeitos em relação às partes.

A distinção entre elementos transparentes e opacos de uma decisão judicial tem importância, uma vez que estes últimos influenciam aqueles primeiros. E a racionalidade jurídica de um julgamento do Poder Judiciário está vinculada especialmente aos elementos transparentes (compreensão, interpretação e linguagem), porque são usualmente visíveis em uma decisão judicial, visto que a sua fundamentação é obrigatória. Assim, embora os elementos opacos de uma decisão judicial não sejam geralmente perceptíveis, eles comumente afetam a racionalidade jurídica dos juízes, principalmente quando se trata de casos controvertidos. Como os julgamentos do Poder Judiciário decorrem necessariamente de uma constelação de fenômenos, os comportamentos imparciais dos juízes podem encontrar obstáculos, nos casos difíceis, nos fenômenos que representam os elementos opacos das decisões judiciais (existência fática, disposição e decadência). As situações de suspeição ou impedimento são circunstâncias especiais relacionadas ao fenômeno da existência fática tendenciosa e que, por isso, estão previstas em enunciados normativos que proíbem os juízes de julgar um dado processo. No entanto, há circunstâncias em que se manifestam uma existência fática tendenciosa do juiz em relação ao caso, mas que não configuram as hipóteses legais de suspeição ou impedimento. Daí porque a fundamentação das decisões judiciais é essencial. É precisamente na fundamentação da decisão judicial que, eventualmente, pode-se identificar a visão de mundo e o conjunto de crenças de um juiz, decorrentes de sua particular existência fática.

Para aclarar este ponto, é interessante analisar a fundamentação da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST acerca do auxílio-creche para

homens, cujo relator do acórdão foi o Ministro Ives Gandra Martins Filho[245]. O TST julgou recurso de revista interposto contra decisão proferida por Tribunal Regional do Trabalho – TRT, que reconheceu a violação ao princípio da isonomia no estabelecimento de direito à percepção de auxílio-creche somente às mães, aos viúvos e aos pais solteiros ou separados que tenham a guarda dos filhos. A decisão do Ministro Ives Gandra Martins Filho foi contrária à do TRT, porque reconheceu uma diferença entre os sexos feminino e masculino, a qual impossibilita o tratamento isonômico em relação ao tema, de forma que os homens, a não ser que sejam viúvos, solteiros ou separados com a guarda dos filhos, não têm direito ao auxílio-creche. Não interessa aqui analisar o tema do auxílio-creche, mas sim a fundamentação da decisão que negou tal benefício para boa parte dos homens, uma vez que o citado ministro baseou seu julgamento no pensamento da filósofa Edith Stein, que tem existência fática tendenciosa em relação ao assunto discutido, notadamente por sua história religiosa. Confira-se:

> Ora, as mulheres que trabalham fora estão sujeitas à dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Nessas mesmas circunstâncias encontra-se o homem que cria seus filhos sozinho, sem a ajuda da esposa. Sendo assim, descabe invocar o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, na medida em que esse postulado admite exceções, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece algumas diferenças entre os sexos, a exemplo da aposentadoria para as mulheres, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, §7º, I e II). Essa diferenciação em matéria previdenciária apenas se justifica diante da realidade do desgaste maior da mulher trabalhadora, quando se tem em conta a necessidade a que está sujeita, de compatibilização dos deveres domésticos com o trabalho profissional. Para EDITH STEIN (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos (*"A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família"*). Por isso, a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser *"o coração da família e a alma da casa"*. O papel da mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Elisabeth Kawa, "Edith Stein", Quadrante – 1999 – São Paulo, pgs. 58-63). Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora, corresponde o bônus da jubilação

[245] A decisão foi proferida no processo nº 5200-40.2003.5.22.2003 (Recurso de Revista) pela 4ª Turma do TST, em 02/03/2005, publica em 01/04/2005.

> antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do auxílio-creche. Assim, *"in casu"*, o objetivo da norma coletiva da Reclamada não foi criar uma vantagem salarial para os empregados que possuíssem filhos em idade de frequentar creche, para fazer frente às despesas respectivas, mas sim de facilitar a prestação dos serviços dos empregados que estivessem diretamente envolvidos com o cuidado dos filhos pequenos, franqueando-lhes o custeio das despesas com creche. Não há, pois, quebra do princípio da isonomia em face de a norma coletiva ter deixado à margem de sua abrangência os seus empregados homens que não cuidem sozinhos de seus filhos pequenos.

Pela análise da fundamentação da decisão judicial é possível visualizar duas existências fáticas tendenciosas em relação ao assunto. A primeira refere-se à filósofa Edith Stein que, embora tenha nascida judia, se converteu ao catolicismo, tendo sido inclusive canonizada pela Igreja Católica. Ao interpretar a fundamentação da decisão judicial ora analisada, desperta-se a curiosidade sobre a existência fática do ministro relator do voto[246]. Este caso é um exemplo de que as noções de existência fática tendenciosa e existência fática neutra repercutem diretamente nas decisões judiciais e que elas não serão por isso incorretas, ilegítimas, nulas etc., a não ser, evidentemente, que se configure alguma hipótese de suspeição, impedimento ou qualquer outra violação à legislação. Logo, havendo ou não uma existência fática tendenciosa em relação ao caso, a fundamentação da decisão judicial deve estar em conformidade com o sistema do direito[247].

---

[246] Por simples pesquisa na internet, em diferentes páginas, constata-se que o Ministro Ives Gandra Martins Filho tem uma existência fática ligada à Igreja Católica. É interessante citar um trecho que consta no Wikipédia a respeito do referido ministro: "É filho do advogado e professor Ives Gandra da Silva Martins. Assim como o pai, é membro da prelazia católica Opus Dei e considerado um jurista conservador."

[247] É oportuno frisar que existem decisões distintas no âmbito do próprio TST em relação ao tema ora analisado. Há decisões, por exemplo, da 2ª Turma do TST contrárias ao entendimento acima exposto. Confira-se: "Recurso de Revista. Lei 13.015/2014. Auxílio-Creche. Norma Coletiva Inválida. Pagamento do Benefício às Mulheres. Pagamento aos Homens em Casos Excepcionais. Princípio da Isonomia. A controvérsia está centrada na capacidade de restrição imposta à norma coletiva que exclui os trabalhadores do sexo masculino do pagamento do auxílio-creche. Consoante se extrai da exege do art. 7º, XXV, da Constituição Federal, observa-se que o auxílio-creche ostenta natureza de direito fundamental, direcionado à proteção e bem estar dos filhos e dependentes de todo e qualquer trabalhador, até os cinco anos de idade. Assim, exsurge nítido o caráter discriminatório do pagamento exclusivamente à empregada do sexo feminino, em razão das peculiaridades fisiológicas, posto que o auxílio-creche não tem por escopo a proteção da mulher, mas dos filhos e dependentes. Nesse quadro, tendo o Tribunal Regional inferido o pedido de reembolso do auxílio-creche ao autor, que tem filha na idade prevista nas

normas coletivas, por estar assegurado apenas às mulheres e aos homens somente casos excepcionais, proferiu decisão em descompasso com o princípio da isonomia, inserto no art. 5º, I, da Constituição Federal, que garante igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Quando as decisões judiciais são incompatíveis com as melhores intepretações do sistema jurídico, é precisamente na fundamentação que ficará evidente a incompatibilidade, vale dizer, é pela justificativa da decisão judicial que se revelará a sua incongruência sistêmica. A fundamentação demonstra e possibilita entender muitos fatores que levaram o juiz a julgar de uma determinada maneira um caso, mas não demonstra e não possibilita entender a totalidade dos fenômenos que estão na base da decisão judicial, especialmente aqueles referentes aos seus elementos opacos (existência fática, decadência e tonalidades afetivas). A fundamentação da decisão judicial tem um papel essencial nos julgamentos do Poder Judiciário ao revelar, geralmente, a compreensão, a interpretação e a linguagem do juiz. A fundamentação é um dever absoluto do Poder Judiciário e tem estatura constitucional no sistema jurídico brasileiro[248], fato este que reforça a impossibilidade de sua relativização nas decisões judiciais. Todavia, nesta tese interessa especialmente o aspecto filosófico da fundamentação, motivo pelo qual este tópico indica análises ôntica e ontológica sobre o tema. O exame ôntico diz respeito ao que tradicionalmente é feito pela ciência do direito, no âmbito processual, que investiga este instrumento do mundo jurídico, definindo-o, estabelecendo seus requisitos e elementos essenciais. Comumente os estudos são ônticos a respeito da fundamentação, procurando demonstrar o que é ou não uma decisão judicial fundamentada com base na legislação, como ocorre com os diversos trabalhos escritos, por exemplo, sobre o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil[249].

Recurso de revista conhecido e provido." (RR – 11175-21.2015.501.0031 – 2ª Turma – Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann – Julgamento: 02/06/2019 – Publicação: 15/02/2019)

[248] Determina a Constituição Federal: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e as seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;"

[249] Prescreve o Código de Processo Civil: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...) §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

Como a ciência jurídica faz um exame ôntico, é relevante neste trabalho fazer também uma análise ontológica da fundamentação da decisão judicial, baseada na analítica do ser-aí de Heidegger. Assim, é preciso focar a estrutura ontológica fundamental do ser-aí: ser-no-mundo. Como todo juiz é um ser-aí e como todo ser-aí, sendo, é o seu aí (mundo), não há que se falar, do ponto de vista ontológico, em subjetividade do juiz. De fato, a possibilidade de um juiz é a possibilidade de seu mundo, a interpretação de um juiz é a interpretação de seu mundo, a facticidade de um juiz é a facticidade do seu mundo, a decadência de um juiz é a decadência de seu mundo, a linguagem de um juiz é a linguagem de seu mundo etc. É preciso aqui relembrar que na analítica do ser-aí Heidegger entende a palavra existência a partir de seu sentido etimológico, de modo que existir é ek-sistir, é ser para fora, é ser a partir do fora, é ser a partir do mundo, é, portanto, ser-no-mundo. Daí porque a compreensão, a interpretação e a linguagem de um juiz acontecem a partir do exterior, do mundo, e não partir de uma interioridade, da consciência. Embora muitas vezes não haja clareza, a fundamentação de uma decisão judicial remete às vozes do passado e às autoridades históricas assumidas pelo juiz, que formaram a sua consciência hermenêutica jurídica. A fundamentação é parte da decisão judicial em que há a possibilidade de descobrir as tradições jurídicas que formam as consciências hermenêuticas dos juízes. Claro que, quando os juízes não citam precedentes nem doutrinadores em suas decisões judiciais, torna-se difícil saber quais são as vozes da tradição que geraram sua consciência jurídica, mas isto não significa que não existam autoridades do passado que formaram os seus prejulgamentos.

A subjetividade de um juiz é aquela estudada do ponto de vista de certas ciências, especialmente a psicologia e a neurociência, sendo ela condição para a formação da consciência. A subjetividade diz respeito às imagens mentais do mundo e do corpo de alguém, as quais devem ser entendidas em sentido amplo, já que sinalizam imagens visuais, auditivas, olfativas, táteis e gustativas. As imagens do próprio corpo chegam ao cérebro não pelos sentidos, como ocorre com as imagens do mundo, mas pelas terminações nervosas. Portanto, é o ser-aí, com seu corpo existindo no mundo, e sofrendo as influências do mundo, a condição necessária para formação da subjetividade. A consequência disso é que, apesar de todo juiz

---

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”.

desenvolver sua subjetividade, ela nunca é uma pura e original subjetividade, não havendo uma absoluta interioridade, pois ela decorre do exterior, do mundo. A analítica ontológica de Heidegger possibilita uma melhor investigação ôntica de fenômenos como o corpo, a consciência, a subjetividade, as tonalidades afetivas etc. As análises desses fenômenos, dos pontos de vista ôntico e ontológico, demonstram que as críticas às decisões judiciais fundadas nas ideias de subjetividade, solipsismo, consciência do juiz etc., não têm sentido, precisamente porque toda decisão judicial é, de um lado, derivada da subjetividade, da consciência de um certo juiz, e, de outro lado, toda decisão judicial é derivada do mundo e não da subjetividade, da consciência de um juiz. O que muda aí é o enfoque ôntico ou ontológico. Neste último a decisão judicial é sempre a decisão a partir do mundo, do exterior e, portanto, não há subjetividade; no primeiro, a decisão judicial é sempre de um ser-aí determinado, é sempre de um dado juiz com nome, corpo, cérebro, consciência e existência fática particulares e, por conseguinte, sempre há subjetividade.

Destarte, revelam-se inadequadas as críticas às decisões do Poder Judiciário com alicerce nas ideias de subjetividade e consciência, porquanto, em um sentido ôntico todas as decisões judiciais são necessariamente originadas da subjetividade e da consciência de um determinado juiz singular. Então, o que importa na análise da adequação de uma decisão judicial? Resposta: a sua fundamentação e não as noções de subjetividade e consciência. É a fundamentação da decisão judicial, que deve ser conforme o sistema jurídico, que se caracteriza como o principal fator, não único, para a análise da sua adequação, correção, validade, legitimidade, justiça etc. Não importa discutir as decisões judiciais dos juízes com base na ideia de subjetividade, porque todas são subjetivas no sentido ôntico e todas não são subjetivas no sentido ontológico. Assim, o que interesse é examinar se as fundamentações são adequadas ao sistema do direito, que abarca enunciados normativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, normas explícitas ou implícitas, bem como as normas morais. Sobre as normas morais, ainda que para muitos juristas elas não façam parte do sistema jurídico, cabe destacar que no específico caso do sistema do direito brasileiro os textos normativos constitucionais e infraconstitucionais contêm inquestionavelmente normas com conteúdo moral, permitindo a aplicação de princípios morais no julgamento de certos casos concretos.

A palavra subjetividade não pode ser entendida como sinônimo de decisão judicial inválida, incorreta, ilegítima, arbitrária etc. A adjetivação de uma decisão

judicial como subjetiva não a torna uma decisão ruim, negativa, nula, ilegítima, incorreta, injusta etc. É pela análise da fundamentação que devem ser feitas as críticas às decisões judiciais. Não tem sentido associar os termos subjetividade e consciência do juiz como fenômenos negativos da decisão judicial, que por si só teriam o efeito de tornar inadequada uma decisão judicial, porque toda decisão judicial tem subjetividade e deriva da consciência de um juiz, de modo que não interessa esses aspectos, mas sim a fundamentação do julgamento, isto é, se a subjetividade do juiz produz decisão judicial devidamente fundamentada em conformidade com o sistema do direito. Assim, o fenômeno da subjetividade não tem relevância para, por si só, gerar crítica à decisão judicial, mas sim se a subjetividade do juiz não for acompanhada de uma fundamentação coerente com o sistema jurídico. Por conseguinte, as decisões judiciais devem ser criticadas, não com base nas ideias de subjetividade e consciência dos juízes, mas com base nas fundamentações dos julgamentos que derivam da subjetividade e da consciência dos juízes.

Outro ponto essencial da fundamentação das decisões judiciais diz respeito não somente às partes dos processos, que realizam diálogos hermenêuticos internos, mas às noções gadamerianas de história efeitual e de distância temporal do intérprete. É que a fundamentação dos julgamentos do Poder Judiciário tem relevância também para os diálogos hermenêuticos externos acerca de certos temas tratados em um processo, que não se encerram, como o diálogo interno, com o trânsito em julgado da decisão judicial. Portanto, uma decisão proferida em um caso difícil, com o passar do tempo pode ser entendida de modo mais apropriado a respeito ou não de sua correção, precisamente em virtude da distância temporal do intérprete e da história efeitual. Nesse contexto, a fundamentação será essencial para analisar a partir de um novo horizonte histórico se a decisão judicial foi adequada e se assim permanece diante de uma nova conjuntura histórica. Não só a decisão judicial é analisada a partir de um novo horizonte histórico, mas igualmente a sua fundamentação. Com isso, a fundamentação permite um melhor diálogo externo acerca da decisão judicial proferida sobre um caso controverso e, consequentemente, possibilita a evolução do conhecimento jurídico sobre o tema, a partir da análise do mesmo sob novas luzes produzidas com o passar do tempo. Como a distância do tempo é uma possibilidade positiva e produtiva do compreender, levar a fundamentação a sério, para além de ser um dever jurídico, possibilita melhores interpretações quanto mais há distanciamento histórico do intérprete em relação a algum tema julgado, ampliando assim a

consciência hermenêutica daqueles que atuam no sistema do direito, notadamente os juízes e os cientistas do direito.

Um problema comum relativo à fundamentação da decisão judicial é a falta de diálogo autêntico abarcando distintas racionalidades jurídicas, sejam derivadas dos precedentes ou da jurisprudência, sejam decorrentes das teorias de juristas nacionais ou estrangeiros. É comum uma simples referência a outras argumentações em um julgamento sem, contudo, que elas sejam devidamente examinadas, de modo que é a autoridade do Poder Judiciário que, não raras vezes, por si só prevalece como justificativa de uma decisão judicial. Nestas situações o princípio constitucional da fundamentação das decisões não será adequadamente respeitado. A interpretação desse princípio constitucional aponta para uma forma de primazia da razão sobre outros fatores, como autoridade, tonalidades afetivas, existência fática singular etc. A ideia é de que juízes comprometidos com o ideal de imparcialidade apresentem as suas razões jurídicas, em diálogo com as razões jurídicas das partes, levando estas a sério. A racionalidade jurídica de cada operador do direito sinaliza um jogo de linguagem jurídico. Um jurista que entende ser o jusnaturalismo a melhor concepção de direito tem um certo jogo de linguagem jurídico; um jurista que é adepto do pragmatismo jurídico, tem outro jogo de linguagem do direito; um jurista que defende o positivismo jurídico tem outro jogo de linguagem jurídico e assim por diante. Claro que há elementos comuns entre os diferentes jogos de linguagem do direito, que possibilitam as comunicações cotidianas no mundo jurídico. Como existem diferentes correntes no direito – mais de uma versão de jusnaturalismo, pragmatismo, positivismo etc. –, é essencial a fundamentação de uma decisão judicial indicar a específica racionalidade jurídica do juiz, pelo menos nos casos difíceis, já que os casos fáceis não trazem controvérsias jurídicas problemáticas.

Como no mundo do direito há diversos jogos de linguagem em disputa, o respeito ao princípio da fundamentação da decisão judicial ganha força quando há clareza do juiz a respeito de qual racionalidade jurídica particular ele se orienta para julgar. Se nos casos fáceis não são necessários maiores aprofundamentos das razões jurídicas, nos casos complexos a racionalidade jurídica do juiz precisa ser desenvolvida de maneira apropriada, tornando-se uma exigência para a fundamentação ajustada das decisões judiciais, sobretudo porque o poder discricionário se expande nos processos difíceis, possibilitando a criação do direito pelo Poder Judiciário em um grau mais elevado. De fato, se a ideia de existência fática

tendenciosa aponta para um problema, em certo grau, insuperável, os casos controvertidos exigem o máximo de transparência das razões de julgar dos juízes, o que implica em uma ajustada linguagem que retrata uma específica racionalidade jurídica.

É preciso destacar que, se a decisão judicial justificou de modo apropriado a autoridade de alguém, não há problema em fazer simples menções a outras autoridades que corroborem a racionalidade jurídica devidamente fundamentada, isto é, não há necessidade de maiores justificativas em relação a outras autoridades que confirmem a autoridade base que serviu como guia para a decisão judicial. Dizendo de modo mais claro: se o juiz proferi uma decisão judicial em um caso difícil utilizando a racionalidade jurídica de um determinado jurista e a justifica adequadamente, ele pode simplesmente fazer menção à outras autoridades – no caso, outros juristas – que ratifiquem o entendimento jurídico já explanado, pois há uma racionalidade jurídica de base. Nesse específico contexto, não há problemas em fazer apenas remissões, pois a partir do momento em que o juiz apresenta uma justificativa ajustada a respeito da racionalidade jurídica que orienta a sua decisão, outras autoridades podem ser simplesmente citadas para dar mais força ao entendimento jurídico adotado, na medida em que as partes têm clareza acerca de qual é a racionalidade jurídica em jogo no julgamento. Esta questão requer mais esclarecimentos.

A noção de autoridade pode ser entendida de duas formas, pois há a autoridade associada às ideias de força, poder, preponderância de alguém, bem como há a autoridade no sentido gadameriano, exposto no segundo capítulo, que diz respeito à autoridade que não é imposta, mas reconhecida de forma livre e racional por alguém. Assim, se a decisão judicial se fundamentar apenas na autoridade do próprio juiz, ela será uma decisão justificada somente pelo poder que o juiz tem em virtude do cargo, ao passo que se a decisão judicial se fundamentar na autoridade de um jurista ou de um outro órgão do Poder Judiciário, ela será a autoridade derivada do reconhecimento pela razão e liberdade do juiz, mas isso será possível se, como já exposto acima, o juiz explicitar a específica racionalidade que orienta sua decisão, de modo que será necessário apresentar as razões pelas quais tal ou qual autoridade é utilizada em seu julgamento. Se o juiz apenas cita a autoridade, sem o correspondente jogo de linguagem justificador da racionalidade jurídica, a decisão judicial não será devidamente fundamentada, pois continua vigorando a autoridade como força do juiz, já que ele não justifica convenientemente o motivo de utilizar outras autoridades, mas

apenas a impõe em razão de sua própria autoridade. Fundamentar a decisão judicial com base em outras autoridades, mas apresentando as razões pelas quais ele adota a racionalidade jurídica de uma dada autoridade, implica em respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais. A questão é como os juízes se relacionam com as autoridades que são apresentadas voluntariamente em suas decisões judiciais, se eles justificam ou não as racionalidades jurídicas em jogo, ou se eles apenas a impõem, como se autoridade bastasse por si só. No jogo de linguagem da fundamentação é necessário distinguir a autoridade que se impõe sem maiores justificativas, como, por exemplo, a autoridade de um entendimento do STF consubstanciado em súmula, da autoridade que se reconhece, com as respectivas justificativas, como, por exemplo, a autoridade de um jurista ou de uma decisão qualquer do Poder Judiciário que não tenha efeitos vinculantes, já que neste último caso a racionalidade jurídica precisa ser adequadamente elucidada.

Uma fundamentação coerente aponta, entre outras, para a ideia de transparência. Uma vez que do ponto de vista ôntico a subjetividade do juiz é insuperável e considerando que as decisões judiciais são atos que encerram diálogos jurídicos internos, a fundamentação deve transparecer as razões pelas quais um particular juiz julgou de determinada maneira um caso concreto, o que pressupõe uma justificação da racionalidade jurídica que alicerça o julgamento. Esta necessidade de transparência jurídica pelo Poder Judiciário está vinculada, entre outros, aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais estabelecem a obrigatoriedade de diálogo entre o juiz e as partes, mas especialmente que estas tenham efetivo poder de influenciar o julgamento do processo e que não sejam prejudicas por decisões arbitrárias. Nesse contexto, é pela fundamentação da decisão judicial que pode ser observado se as partes tiveram realmente poder de influenciar o julgamento do caso e os motivos pelos quais sofrerão ou não alguma sanção. Logo, a fundamentação de uma decisão judicial não pode representar algo como uma espécie de pseudofundamentação, em que há apenas uma certa aparência de fundamentação, de maneira que as razões apresentadas pelas partes não podem ser apenas enumeradas, relacionadas ou algo do tipo, mas devem ser examinadas, ponderadas, refletidas pelo Poder Judiciário e adequadamente acolhidas ou rejeitadas por justificativas transparentes.

4.5. A decisão judicial e a tese da única resposta correta: um diálogo com Ronald Dworkin

A tese da única resposta correta para os casos difíceis é uma das ideias apresentadas no livro *Levando os direitos a sério*[250]. O direito, segundo Dworkin, além de normas explícitas, tem também normas implícitas, como os princípios jurídicos que têm uma dimensão moral. É oportuno relembrar que, no pensamento dworkiniano, o direito é uma área da moral, de maneira que não é incompleto ou indeterminado, porquanto, na ausência de normas jurídicas extraídas dos enunciados normativos do sistema do direito, as normas jurídicas podem ser obtidas no campo da moral, que contém princípios preexistentes ao direito positivo. A crítica mais comum à tese de Dworkin é de que não existe uma única resposta correta, mas apenas repostas, sendo usualmente apresentados argumentos a partir de pontos de vistas práticos e teóricos. Em relação ao argumento prático, para fins de argumentação, admite-se a possibilidade de existência de uma única resposta correta para os casos difíceis, mas que é inútil buscar tal resposta, porque ninguém saberá de fato se é a melhor resposta, já que não há como provar, isto é, do ponto de vista prático não é possível demonstrar empiricamente a única resposta correta, ainda que ela exista. Por sua vez, no que concerne ao argumento teórico, este afirma que se o caso for realmente difícil, inquestionavelmente controverso, não pode ser verdadeiro que uma parte tenha um direito superior ao da outra parte. Dworkin entende que uma proposição jurídica é considerada verdadeira se for mais coerente com a teoria jurídica que fundamente melhor o direito estabelecido do que a proposição oposta e será falsa a proposição jurídica se for menos coerente do que a proposição contrária. E como o direito é para Dworkin uma área da moral, esta sempre servirá como alicerce para nortear a descoberta da única resposta correta, de forma que a proposição jurídica verdadeira, nos casos controversos, será sempre aquela mais condizente com os preceitos morais. Entender que não existe uma única resposta correta indica, consoante Dworkin, que não existem proposições verdadeiras ou proposições falsas em um

[250] Dworkin afirma: “Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade pública.” (*Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, página 429, tradução de Nelson Boeira).

processo judicial, vale dizer, que tanto o demandante quanto o demandado não têm direitos.

A consequência da tese de que não há resposta correta consiste precisamente na impossibilidade de se afirmar que os argumentos do demandante ou do demandado são verdadeiros ou falsos, ou seja, na visão dworkiniana haveria um juízo de empate. Ocorre que o juízo de empate é também uma proposição, distinta da proposição de verdade e da proposição de falsidade, isto é, seria uma terceira proposição criada ao lado das outras duas. Portanto, afirmar que não existe uma resposta correta é fazer uma proposição do mesmo modo que dizer que uma proposição é verdadeira ou que uma proposição é falsa. Melhor esclarecendo: se o demandante de uma ação diz que tem determinado direito, ele elabora uma proposição que acredita ser verdadeira, ao passo que o demandado, que contesta a ação, dizendo que é ele quem tem direito e não o demandante, o demandado também elabora uma proposição que acredita ser verdadeira, pois atribui falsidade à proposição do demandante e vice-versa. Com a ideia de que não existe uma única resposta correta, surge uma terceira proposição, que é o aludido juízo de empate, de modo que tanto a proposição do demandante quanto a proposição do demandado não são falsas, pois isso tornaria a outra verdadeira. Dessa maneira, a proposição de empate também tem pretensão de ser verdadeira. Dworkin entende que não há justificativa alguma para se considerar como verdadeira a proposição de empate e não a proposição do demandante ou a proposição do demandado. Assim, qualquer argumento de que seria inútil buscar uma resposta correta, porque não seria possível prová-la, não tem sentido para Dworkin, na medida em que também não se pode provar que o juízo de empate é verdadeiro.

Dworkin afirma que qualquer versão razoável da tese da inexistência de reposta correta deve basear-se em juízos internos dos próprios agentes do direito e não em pontos de vista externos, uma vez que esta tese é uma teoria acerca de questões jurídicas específicas e que os próprios sistemas jurídicos desenvolvidos apresentam condições de oferecer a reposta correta. Dworkin faz uma distinção entre sistemas jurídicos desenvolvidos e incipientes, sendo que nestes últimos a inexistência de resposta correta pode ocorrer com mais frequência do que nos primeiros, que raramente impossibilitarão uma resposta correta para os casos difíceis, porque contam com uma tradição jurídica que ao longo do tempo enfrentou e aperfeiçoou problemas do mundo do direito derivados de circunstâncias variadas. É importante

ressaltar que o próprio Dworkin entende que, excepcionalmente, pode não existir uma única resposta correta para um caso controverso, especialmente quando se tratar de sistemas jurídicos simplórios[251]. Portanto, Dworkin entende que os juízes podem realmente, em alguns casos difíceis, enxergar um empate entre os direitos das partes, mas que jamais irão pressupor que todos os casos complicados serão de empate, porque sempre existirão fatos e argumentos que os nortearão a proferir uma decisão em um determinado sentido.

Um dos argumentos mais fortes de Dworkin consiste precisamente na inverossímil possibilidade de os juízes acertarem o exato centro de uma escala de segurança, isto é, se for utilizada uma escala em que os direitos do demandante estão à esquerda e os direitos do demandado estão à direita, o empate está exatamente no núcleo da escala, sendo, portanto, muito mais penoso demonstrar que o caso difícil a ser julgado está rigorosamente no meio da medição da escala. E para Dworkin, quanto mais avançado e desenvolvido for o sistema jurídico, menor será a probabilidade de empate, pois os juízes terão melhores condições de se afastar do centro da escala e, assim, proferir a decisão correta a favor de uma das partes. Além disso, Dworkin rebate o argumento da filosofia da linguagem de que as proposições sobre entidades inexistentes não são verdadeiras nem falsas, tendo em vista que as proposições do direito em casos difíceis são indubitavelmente existentes e que o problema não diz respeito à questão da existência, mas se são corretas as proposições. Por conseguinte, não haveria caso difícil se a proposição de direito suscitada pelo demandante ou pelo demandado não existisse, sendo fácil por este motivo rejeitá-la. O problema consiste em decidir a partir de duas proposições jurídicas existentes, mas

[251] Dworkin afirma: “Suponhamos que o sistema jurídico no qual os juízes atuam seja um sistema jurídico primitivo: existem poucos precedentes ou poucas leis judiciais, e a Constituição existente é muito rudimentar. É provável que, antes de qualquer sessão específica, os juízes considerem que muitos dos casos a serem examinados sejam empates e que muitos deles de fato o serão. Como existe muito pouco direito estabelecido, mais de uma teoria do direito, criticamente diferente para o resultado num caso difícil, oferecerá justificações igualmente boas para o direito estabelecido e parecerá, para muitos juízes, oferecer justificações igualmente boas. Mas suponhamos, por outro lado, que o sistema jurídico administrado por esses juízes seja muito avançado, pródigo em regras e práticas constitucionais e que contenha um grande número de precedentes e leis. A probabilidade prévia de um empate é muito menor; tão pequena, na verdade, que poderia justificar uma nova regra fundamental do empreendimento que instruísse os juízes a excluir os empates do conjunto de repostas que poderiam oferecer. Esta instrução não nega a possibilidade teórica de um empate, mas pressupõe que, dada a complexidade do material jurídico existente, os juízes irão concluir – depois de uma longa e exaustiva reflexão – que, pesados todos os prós e contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso.” (*Levando os direitos a sério*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, páginas 439 e 440, tradução de Nelson Boeira).

que são opostas, qual é a que deve ser aplicada. Concluindo o último capítulo de *Levando os Direitos a Sério,* Dworkin assevera que a única resposta correta não é um mito[252].

No livro *Uma questão de princípio* consta talvez a mais forte defesa a favor da teoria da única resposta correta. Dworkin começa destacando que certas concepções jurídicas, como a de contrato válido, responsabilidade civil, crime etc., devem ser enxergadas como conceitos dispositivos, porque obrigam as decisões judiciais em uma dada direção, isto é, se há contrato válido, responsabilidade, crime etc. os juízes devem julgar de uma determinada forma, mas se não há contrato válido, responsabilidade, crime etc., os juízes devem julgar de outra forma. Assim, a concepção dworkiniana de conceitos dispositivos está conectada com a noção de dever dos juízes, vale dizer, se o caso concreto envolve algum conceito dispositivo, a decisão judicial deve ser proferida em consonância com ele. A ideia de conceito dispositivo de Dworkin serve como um tipo especial de ligação entre os fenômenos do mundo e os deveres dos juízes. Todavia, não obstante a concepção de conceitos dispositivos de Dworkin ser usada para indicar deveres dos juízes, a estrutura do conceito dispositivo não é exatamente a mesma estrutura do conceito de dever. A partir da ideia de conceitos dispositivos, Dworkin procura demonstrar o equívoco da tese de que não há uma única reposta correta, apontando duas versões diferentes, que rejeitam a tese da bivalência para conceitos dispositivos. A tese da bivalência diz respeito à situação em que os conceitos dispositivos indicam apenas dois tipos de proposições jurídicas, de modo que a presença de uma é necessariamente a rejeição da outra.

---

[252] Dworkin afirma: “Que dizer, finalmente, sobre a objeção geral que foi o tema deste capítulo? Já não fica tão claro que o senso comum ou o realismo justifiquem a objeção segundo a qual num caso difícil não pode haver uma resposta correta, mas apenas uma série de repostas aceitáveis. O argumento prático em favor desta afirmação é equivocado. O argumento teórico é contestado pelas aptidões daqueles que o articulam, e não pode nem mesmo ser enunciado sem que suas afirmações se desintegrem no mesmo fundamento que pretende contestar. Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente impossível que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por que? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isto explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O ‘mito’ de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.” (*Levando os direitos a sério*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2020, páginas 445 e 446, tradução de Nelson Boeira).

Em relação à primeira versão, Dworkin diz que há uma ambiguidade, porque a tese de que não há nenhuma resposta correta não permite nenhum espaço lógico para um terceiro tipo de proposição. Para os defensores dessa versão da tese da inexistência de uma única resposta correta, consoante Dworkin, os juízes têm poder discricionário para decidir de um jeito ou de outro, precisamente porque não enxergam um espaço lógico para um terceiro tipo de proposição, que não seria nem verdadeira nem falsa. De acordo com os defensores da primeira versão da tese da inexistência de uma única resposta correta, quando há dificuldade na aplicação de um conceito dispositivo, surge a discricionariedade do Poder Judiciário, de forma que a decisão judicial poderia ser proferida em qualquer sentido. Dworkin entende, contudo, que há situações em que as duas proposições sejam falsas, de maneira que um contrato não é válido e igualmente não é inválido, mas é algo intermediário, um tipo de "contrato incoativo". Como o próprio Dworkin afirma, seria algo como perguntar se alguém é jovem ou velho e desconsiderar que ele pode ser de meia-idade. O problema remete a um ajuste semântico, como Dworkin diz que uma pessoa pode não ser responsável nem não responsável por um dano, mas "vulnerável à responsabilidade", ou que um ato de uma pessoa não é nem um crime nem um não crime, mas algo como um "ato criminoso". Com as expressões "contrato incoativo", "vulnerabilidade à responsabilidade" e "ato criminoso", Dworkin busca realizar uma espécie de correção semântica que possibilita um terceiro tipo de proposição jurídica que preenche o espaço lógico entre as outras duas, resultando, assim, em algo como três valores de verdade: (i) verdadeiro, (ii) falso e (iii) nem verdadeiro nem falso. O terceiro valor de verdade remete a conceitos que necessitam de semânticas adequadas aos fenômenos que elas representam. Daí porque Dworkin diz que há necessidade de ajustes semânticos para lidar com tais fenômenos do mundo do direito. Porém, havendo ou não uma semântica adequada ou não havendo qualquer semântica sobre tais fenômenos, surge o dever de julgar conforme os eventos que ocorrem, não havendo, assim, poder discricionário para decidir de modo bivalente.

No que tange à segunda versão, Dworkin inicialmente aponta três argumentos a favor da tese da inexistência de única resposta correta, para depois rebater um a um. O primeiro é o argumento da imprecisão, que basicamente indica uma impossibilidade de uma única resposta correta nos casos difíceis em virtude de a linguagem do direito comumente ser vaga e ambígua. Dworkin afirma que esse argumento desconsidera a distinção entre os fatos relativos ao caso e as

consequências da imprecisão na linguagem do direito. Consoante Dworkin, um dos equívocos do argumento da imprecisão é de que ele faz uma confusão entre a ideia de conceitos jurídicos indeterminados com a ideia de conceitos jurídicos que permitem concepções distintas. Outro equívoco do argumento da imprecisão, na visão de Dworkin, é considerar que os enunciados normativos afetam o mundo jurídico apenas em razão das semânticas das palavras e, consequentemente, pressupor que o direito de alguém é indeterminado porque a linguagem jurídica é também indeterminada. Dworkin refuta esta perspectiva, pois entende que a força de um texto normativo depende de outros fatores, principalmente da correta interpretação dos operadores do direito. E a interpretação correta é aquela que respeita as regras e os princípios mais apropriados para o contexto em que o caso é julgado. Por conseguinte, quando houver indeterminação na linguagem jurídica, Dworkin entende que uma interpretação adequada pode tornar determinável o direito, ou seja, a imprecisão da linguagem do direito não gera necessariamente a imprecisão do direito de alguém. Segundo Dworkin, é absolutamente possível desenvolver teorias hermenêuticas acerca de conceitos jurídicos indeterminados, não obstante possa haver divergência quanta à melhor interpretação de um direito em um caso controvertido. A discordância interpretativa é o ponto central, na visão dworkiniana, em relação à tese da única resposta correta e não a indeterminação da linguagem jurídica. Portanto, o argumento da imprecisão não é motivo para a rejeição da tese da única resposta correta.

Dworkin critica também o argumento do positivismo, que se baseia na ideia de que as normas jurídicas são necessariamente decorrentes de atos humanos. Na visão do positivismo, consoante Dworkin, uma proposição de direito somente é verdadeira se há alguma forma de atuação humana compatível com ela. Dizendo de outro modo: Dworkin entende que uma proposição jurídica só pode ser afirmada se um poder soberano fez algum comando que a confirme e só pode ser negada se um poder soberano fez algum comando contrário. Com isso, Dworkin diz que há proposições jurídicas que não podem ser afirmadas nem negadas, porque não há comando de um poder soberano no que diz respeito a elas.

O terceiro é o argumento da controvérsia, que diz respeito ao problema da demonstração de uma proposição jurídica, isto é, se os fatos relativos a um caso concreto não são suficientes para demonstrar a veracidade de uma proposição, então a proposição não pode ser verdadeira. A tese da demonstrabilidade conecta-se com a noção de fatos concretos, que são aqueles que permitem comprovar ou justificar

adequadamente uma proposição do direito. Segundo Dworkin, a ideia de fatos concretos abrange tanto os fatos físicos quanto os fatos concernentes aos comportamentos e pensamentos das pessoas. Por sua vez, a noção de demonstração indica uma fundamentação por meio de argumentos que não podem ser duvidados por pessoas racionais. Dworkin busca refutar a tese da demonstrabilidade, que sustenta o argumento da controvérsia, afirmando que existem fenômenos no mundo que não constituem fatos concretos, tais como os fatos morais, que não são, no pensamento dworkiniano, nem fatos físicos nem fatos atinentes aos comportamentos e pensamentos das pessoas. Dworkin dá como exemplo de fato moral a escravidão, argumentando que ela seria injusta por si mesma, porque independe de um poder soberano, do reconhecimento das pessoas, de regras, de convenções etc. Com a ideia de fatos morais, como a escravidão, Dworkin pensa que podem existir proposições jurídicas verdadeiras mesmo que os fatos concretos não sirvam de sustentáculo para os argumentos. Para Dworkin, não é realmente importante defender a existência ou não de fatos morais, mas a existência de fatos que não se confundem com fatos concretos do mundo e que, por isso, não podem ser constatados empiricamente, mas podem ser coerentes racionalmente. Daí porque Dworkin dá o nome de fatos de coerência narrativa, que contêm uma racionalidade jurídica que permite justificar como verdadeira ou falsa uma dada proposição. Destarte, no pensamento dworkiniano as proposições sobre fatos do mundo que não são concretos e, portanto, não podem ser verificáveis empiricamente, podem ser verdadeiras, se forem embasadas em argumentos coerentes que juízes racionais não podem discordar, resultando, assim, na produção de uma única resposta correta. Em relação a tais tipos de fatos, a verdade de uma proposição não resulta de evidências empíricas, mas de argumentos coerentes e adequados, ou seja, a verdade de uma proposição nos casos difíceis não precisa decorrer de fatos concretos do mundo, desde que haja fatos de coerência narrativa. O entendimento dworkiniano é de que diante de um caso concreto controvertido os juízes têm justificativas racionais para preferir uma proposição jurídica em detrimento de outra, pois as distintas proposições acerca dos direitos discutidos em um processo têm também diferentes fatos de coerência narrativa, com níveis diferenciados de congruência argumentativa do ponto de vista da racionalidade jurídica. Dworkin entende que, mesmo um filósofo empirista que negue a possibilidade de demonstrar a verdade de uma proposição em casos controvertidos, se participar efetivamente de um empreendimento que o obrigue a

decidir, como ocorre com os juízes ao lidar com processos judiciais, acabaria também interpretando que uma proposição tem mais congruência do que outra, já que se baseia em fatos de coerência narrativa mais adequados racionalmente.

Transpondo as ideias acima expostas para o mundo do direito, a coerência narrativa apontaria para uma espécie de coerência normativa, mas esta seria mais complexa do que aquela, especialmente porque a racionalidade jurídica remete ao problema da subjetividade do juiz e ao tipo de sistema jurídico em que as controvérsias são examinadas. Todavia, a lógica da coerência normativa seria a mesma da coerência narrativa, no que concerne à existência de uma única resposta correta nos casos complexos. É que os melhores argumentos que indiquem uma coerência normativa tornam possível pensar em respostas corretas nas decisões judiciais mesmo que elas não sejam demonstráveis empiricamente, ou seja, a coerência normativa, segundo Dworkin, também não depende de verificações empíricas para mostrar a correção de uma proposição jurídica. Por outro lado, a coerência normativa e a correção de uma proposição dependem do tipo de sistema jurídico de um lugar, pois quanto mais desenvolvido, como os sistemas do direito dos Estados Unidos e da Inglaterra, no entendimento dworkiniano, maior a chance de uma única reposta correta. Dworkin entende que em sistemas jurídicos incipientes, com pouca tradição jurídica e sem muita produção normativa acerca de variados fenômenos, é maior a chance de não se obter nenhuma resposta correta em relação a um caso controvertido. Porém, seja em sistemas jurídicos mais modestos, seja em sistemas jurídicos mais sofisticados, os argumentos a favor de uma proposição devem considerar duas dimensões: uma dimensão da adequação e uma dimensão da moralidade política. A dimensão da adequação aponta para a ideia de aplicação, de modo que os melhores argumentos são aqueles que possibilitam mais aplicações do que os outros. Pode-se afirmar que a dimensão da adequação tem um caráter pragmático, no específico sentido de que os argumentos mais fortes são aqueles mais usados em algum sistema do direito, vale dizer, que repetidamente fazem parte da prática jurídica. A dimensão da moralidade política indica que há diferentes teorias políticas ou morais, mas que umas são melhores do que outras em virtude de assimilar mais adequadamente os direitos em jogo em um caso controvertido. E estas teorias são baseadas nos argumentos mais congruentes, já que não podem ser demonstradas empiricamente. Consoante Dworkin, quanto mais teorias políticas e morais um sistema do direito possui, mais provável a existência de uma única resposta

correta. Aqui, como já destacado em *Levando os direitos a sério*, Dworkin rechaça a ideia de empate, isto é, de que diferentes teorias jurídicas, morais e políticas têm exatamente a mesma congruência argumentativa, possuindo uma forma de igualdade de coerência normativa. Com isso, conclui-se o resumo das argumentações de Dworkin a favor da tese da única resposta correta.

4.5.1. A refutação da tese da única resposta correta

Importa começar rebatendo a tese da única resposta correta de Dworkin pelo, pode-se assim dizer, argumento do empate. De fato, além de o livro *Levando os direitos a sério* enfatizar especialmente a questão do empate, o livro *Uma questão de princípio* termina o tópico a respeito do problema da única resposta correta rejeitando expressamente a possibilidade de empate entre diferentes proposições jurídicas. Assim, em relação ao centro da escala dworkiniana que representa o juízo de empate, cabe destacar uma questão óbvia, porém essencial para refutar o argumento de Dworkin: o mundo do direito não é o mundo da matemática. Isso significa que o fenômeno da decisão judicial não pode ser analisado com base nas noções de perfeição, precisão e exatidão. No mundo do direito, especialmente nos casos controvertidos, as ideias de perfeição, precisão e exatidão estão fora de lugar. O sistema do direito é marcado por uma insuperável incomensurabilidade em diversas questões, as quais são mais evidentes nos casos difíceis. Nos casos fáceis, as questões tratadas não encontram geralmente problemas de mensuração, sendo a matemática ali frequentemente aplicada. Por exemplo, é fácil identificar a competência do juizado especial calculando o número de salários mínimos discutidos na ação; não há complexidade, em um cumprimento de sentença, em calcular os honorários advocatícios fixados na forma de um percentual sobre o valor da causa; não é penoso constatar a prescrição de um crédito tributário se não há outros elementos em jogo, tais como parcelamentos, liminares e tutelas antecipadas deferidas, impugnações e recursos administrativos etc.; é normalmente simples identificar, em caso de descumprimento de obrigação, uma multa fixada em contrato com valores definidos etc. Porém, quando o caso é complicado ele aponta para, entre outros fenômenos, conflitos normativos, lacunas normativas específicas, normas vagas e ambíguas etc.,

que dispõem sobre temas como segurança jurídica, igualdade, liberdade, justiça, vida, religião, honra, dano moral, improbidade etc. Em relação a tais tipos de assuntos, as mensurações são indubitavelmente inexatas.

É impraticável calcular com precisão, por exemplo, quanto vale a liberdade, a vida, a honra ou dignidade humana de alguém. Entretanto, o direito necessita lidar com tais problemas e o faz a partir de uma mensuração jurídica assentada em noções inexatas e não por uma mensuração matemática alicerçada em perfeição. A mensuração jurídica nestes casos é absolutamente inexata, não porque dois mais três não são cinco, mas porque não é possível traduzir com precisão muitos fenômenos do mundo jurídico como dois ou três, ou seja, a atribuição numérica a diversos fenômenos da vida é marcada inevitavelmente por imprecisão. Por conseguinte, a escala de Dworkin não é apropriada para a tese da única resposta correta, porque ela é matemática, sendo precisa por pertencer ao mundo das ciências exatas, ao passo que no mundo do direito não há tal perfeição. As respostas corretas ou incorretas nos casos controvertidos jamais podem ser matematizadas da forma argumentada por Dworkin, de modo que é impossível atribuir um número preciso para a resposta de cada juiz em um caso complexo, como se a resposta A tivesse a pontuação 4 e a resposta B a pontuação 6. Por conseguinte, se Dworkin quer pensar a resposta correta em termos de escala, esta tem que ser transposta para o mundo jurídico, de maneira que a ideia de empate em um caso difícil não equivaleria ao exato centro de uma escala matemática, mas a um centro impreciso, visto que seria uma espécie de escala jurídica, portanto, imperfeita e sem demarcações exatas. Para responder em termos de números, de forma imprecisa, já que não é possível fazer essa transposição perfeitamente para o mundo do direito, o centro da escala jurídica teria uma certa elasticidade, de modo que seria representado em um caso duvidoso, em uma escala de zero a dez, em algo como quatro, cinco e seis, ou, cinco, seis e sete, ou, quatro e cinco, ou, cinco e seis etc. Portanto, seria algo indubitavelmente especulativo, sem qualquer possibilidade de uma comensuração exata, na medida em que diz respeito ao mundo jurídico.

A inexatidão imanente que há no mundo do direito, especialmente nos casos controvertidos, sinaliza a inexistência de uma única resposta correta. De fato, quando Dworkin critica a tese da inexistência de uma única resposta correta, ele utiliza o centro de uma escala matemática, mas quando defende a existência de uma única resposta correta, ele em nenhum momento afirma em qual nível da escala matemática

está a resposta correta para cada caso concreto. Claro que cada resposta correta é dada conforme uma situação singular, que varia de um caso para o outro, mas a questão é que a defesa da única resposta correta por Dworkin não é associada à uma escala matemática, mas somente à crítica da tese de única resposta correta. E não poderia ser diferente, já que a única resposta correta para Dworkin nos casos complicados é aquela mais congruente com as normas jurídicas e morais, isto é, a única resposta correta é relacional, já que é correta em relação às outras respostas, porque se baseia em fatos de coerência narrativa mais adequados ao caso concreto. Tentando traduzir em números a tese de Dworkin, relativamente à uma escala de 0 a 10, a única resposta correta seria algo como cinco e meio, seis, talvez sete – não se pode esquecer que se trata de casos controvertidos – a favor do demandante, ao passo que a única resposta correta a favor do demandado serial algo como quatro e meio, quatro, talvez três. É fácil perceber a ausência de sentido em argumentar o tema em questão com base em escalas matemáticas, já que qualquer atribuição numérica, nos casos difíceis, é puro achismo, uma inútil especulação. Destarte, a noção de empate nos casos duvidosos não deve ser pensada em termos rígidos do mundo da matemática, mas em termos elásticos do mundo do direito, de forma que os números 4, 5 e 6 de uma escala, por exemplo, podem representar um empate do ponto de vista da mensuração inexata do direito, mas jamais do ponto de vista da mensuração exata da matemática.

É preciso evidenciar alguns motivos pelos quais as mensurações jurídicas são inexatas, pelo menos no que diz respeito aos casos complexos. Um desses motivos refere-se à base desta tese: a existência fática humana. É que as decisões judiciais decorrem de atividades de seres humanos que apreciam diversos fenômenos humanos e não humanos que não podem ser mensurados com exatidão matemática. O alicerce da tese da única resposta correta de Dworkin é a capacidade racional e de interpretação do juiz, pois os melhores e mais coerentes argumentos se impõem naturalmente, sendo rejeitados apenas por pessoas irracionais[253]. Ocorre que a presente tese realça que as decisões judiciais são sempre acompanhadas de

[253] É nesse sentido que Dworkin escreve ao explicar o que ele entende pelo termo “demonstrar”: “Com ‘demonstrar’ quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade.” (*Uma questão de princípio*, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2019, página 204, tradução de Luís Carlos Borges).

tonalidades afetivas, as quais, muitas vezes, prevalecem sobre a racionalidade do juiz. A racionalidade jurídica está incessantemente sendo atacada por outros fatores, porquanto, além das tonalidades afetivas, há a existência fática singular de um juiz em um dado mundo social e histórico[254]. A tese da única resposta correta de Dworkin é baseada em uma espécie de sublimação da razão. Ocorre que a aptidão racional do juiz tem limites, de maneira que, em certas situações, não é ela que dá a última palavra em um julgamento. Esta questão precisa ser melhor explanada.

Um dos principais argumentos a favor da tese da única resposta correta é de que o sistema jurídico não tem lacunas, sobretudo porque as normas morais podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário nos julgamentos dos casos complexos, tendo em vista que, no pensamento dworkiniano, o direito é um ramo da moral. Todavia, a aplicação de princípios morais por si só não garante a única resposta correta em casos duvidosos, especialmente porque eles são comumente mais indeterminados do que muitas regras jurídicas de um dado sistema do direito. Claro que a aplicação de princípios morais pelos juízes deve ser devidamente fundamentada com base nos melhores argumentos diante de um caso concreto, os quais são assim considerados aqueles mais congruentes, que se baseiam em fatos de coerência narrativa, vale dizer, que são mais apropriados do ponto de vista da coerência normativa. Segundo Dworkin, uma correta interpretação acerca dos direitos debatidos em um processo é não apenas possível, mas também uma decorrência natural das práticas jurídicas baseadas na capacidade racional humana, que consegue discernir, mesmo nos casos controversos, quais proposições jurídicas são verdadeiras ou não, isto é, se as alegações do demandante têm razão ou se são as alegações do demandado. Um dos problemas do pensamento dworkiniano é que as ideias de coerência argumentativa, fatos de coerência narrativa, coerência normativa etc. são debatidas e decididas por seres humanos que, em virtude de sua condição existencial, não conseguem muitas vezes, nos casos duvidosos, apreciar de modo puramente racional ou com a mesma racionalidade jurídica as questões em jogo. A existência fática singular de cada juiz

[254] Reconhecendo a impossibilidade de uma única resposta correta no direito para além do problema da linguagem aberta do mundo jurídico, o jurista Ari Marcelo Solon afirma: “2. A atribuição de sentido ao comportamento humano ou aos produtos deste comportamento no campo jurídico está sujeita a variáveis metapositivas e mesmo as disposições jurídicas não oferecem indicações unívocas à significação das condutas humanas. A textura aberta da linguagem deve ser percebida como apenas um dos múltiplos fatores inviabilizadores de uma única resposta correta no direito.” (*Hermenêutica jurídica radical.* São Paulo, Marcial Pons Editora, 2018, página 132)

tem reflexos nos julgamentos dos processos e pode afetar a racionalidade jurídica das questões discutidas, sendo usual, aliás, julgamentos com racionalidades díspares. Isso porque os juízes possuem diferentes tonalidades afetivas, tradições jurídicas, facticidades, mundos circundantes sociais etc. As ideias de existência fática pretensamente neutra, existência fática tendenciosa e normatividade existencial têm relação com o tema analisado, indicando elementos que afetam a aptidão racional dos juízes e realçando o equívoco da tese da única resposta correta nos casos controversos.

As capacidades racionais dos juízes são desiguais, não somente porque alguns têm aptidões cognitivas e de raciocínio maiores do que outros, mas especialmente porque a racionalidade de um juiz está constantemente sendo atacada por suas tonalidades afetivas e sendo influenciada por sua existência fática cotidiana, sua visão de mundo, seu conjunto de crenças e seu mundo circundante social e histórico. Daí porque alguns juízes nunca terão a mesma racionalidade jurídica em relação a casos controversos, ainda que eles se esforcem para superar seus prejulgamentos ilegítimos, notadamente porque, como visto no segundo capítulo, os preconceitos pensados por Gadamer são dissociados das tonalidades afetivas pensadas por Heidegger. A interpretação de um juiz é orientada por sua existência fática, acompanhada de tonalidades afetivas, que representa um conceito mais amplo do que os preconceitos hermenêuticos gadamerianos. A situação hermenêutica de um juiz remete também para as relações cotidianas com outras pessoas, com diferentes visões de mundo e conjuntos de crenças, repercutindo em sua racionalidade jurídica. Para aclarar essas ideias, imagine seis juízes racionais, sensatos e com grande capacidade cognitiva, mas que estudam e aplicam diferentes tradições jurídicas em suas práticas cotidianas, pois possuem visões de mundo e conjuntos de crenças díspares. Suponha que esses seis juízes adotem, respectivamente, os pensamentos de Hans Kelsen, Alf Ross, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Richard Posner e John Finnis. Não é difícil perceber que, embora possa haver pontos em comum, haverá divergências insuperáveis na racionalidade jurídica de cada um desses juízes, no que concerne aos casos controvertidos, visto que nos casos fáceis praticamente não têm importância as diferentes existências fáticas, tonalidades afetivas, tradições jurídicas etc. Nesse contexto, quando Dworkin diz que a única resposta correta é a que apresenta os melhores argumentos, que são aqueles mais congruentes com as melhores teorias jurídicas, morais e políticas de uma comunidade, relativamente aos

outros argumentos em debate em relação a um caso concreto, constata-se uma certa superficialidade argumentativa, não esclarecendo muita coisa.

Um dos problemas com a tese da única resposta correta diz respeito à linguagem adotada para tratar do tema, pois as palavras correta, única, verdade, falsidade etc. não são as mais apropriadas para a específica linguagem da decisão judicial. Neste contexto, tem razão Dworkin quando afirma que os conceitos dispositivos têm um espaço lógico para uma terceira categoria, tais como os conceitos de contrato válido ou de contrato inválido podem ser complementados por algo como o conceito de contrato incoativo. A questão que se coloca, então, é que não há exclusivamente uma bivalência entre a proposição que afirma que só há uma única resposta correta e a proposição que a nega. Claro, a rigor a palavra “correta” não combina com gradações. Mas aí é o caso de alterar o jogo de linguagem a respeito do dilema em questão, para assim pensar em respostas adequadas, legítimas, válidas etc., que apresentam uma semântica mais flexível e apropriada ao fenômeno da decisão judicial. A análise lógica realizada por Dworkin refere-se à ciência do direito, que tem proposições jurídicas que podem ser verdadeiras ou falsas. Todavia, os julgamentos dos juízes não concernem à lógica apofântica da ciência do direito, mas a uma lógica deôntica, de maneira que uma decisão judicial não é verdadeira ou falsa, mas válida ou inválida. Os argumentos de lógica adotados por Dworkin não são ajustados para os julgamentos dos casos difíceis, seja porque eles não se sujeitam primordialmente ao jogo de linguagem da verdade ou da falsidade, seja porque eles têm uma discricionariedade insuperável. Ademais, a bivalência entre válido e não válido é mais elástica do que a bivalência entre verdade e falsidade. Logo, em um caso controverso, em que não há certeza de julgamento a favor do demandante ou do demandado, a discricionariedade judicial imanente ao processo difícil torna válidas as decisões judiciais tanto a favor do demandante quanto a favor do demandado, isto é, ainda que da perspectiva da ciência do direito elas possam ser analisadas sob o prisma da lógica apofântica, a bivalência da verdade e da falsidade pode estar abarcada pela noção jurídica de validade, de modo que nos casos complicados os juízes podem ter permissões do sistema jurídico para julgar de forma válida a favor de um ou de outro. A questão é que as semânticas das palavras válida e inválida são, no mundo do direito, mais elásticas e amplas do que as semânticas dos termos verdade e falsidade. E como as decisões judiciais são tipos de enunciados normativos que introduzem normas jurídicas no sistema do direito, elas são válidas ou inválidas e não

verdadeiras ou falsas. Consequentemente, um exame mais adequado do fenômeno da decisão judicial, do ponto de vista lógico, tem que considerar a bivalência entre as noções de validade e não-validade, já que uma decisão do Poder Judiciário falsa, na visão da ciência do direito, não retira necessariamente a sua validade, porque diz respeito a planos de linguagem distintos.

As práticas do Poder Judiciário geram enunciados prescritivos e as práticas da ciência do direito produzem enunciados descritivos, os quais constituem uma metalinguagem jurídica sem força normativa. Como os juízes se submetem à lógica deôntica e os cientistas do direito se sujeitam à lógica apofântica, somente os primeiros têm deveres e poderes do ponto de vista normativo, de forma que se há um processo judicial, há necessariamente o dever de proferir uma decisão judicial, em virtude do princípio da vedação da denegação de justiça. E com o dever de proferir uma decisão judicial há, nos casos controversos, poder discricionário dos juízes. No âmbito da ciência do direito os juristas não têm o dever de emitir proposições sobre os problemas jurídicos, especialmente sobre questões complexas. As proposições jurídicas da ciência do direito acerca de um caso difícil, sendo ou não produzidas, chegando ou não tarde, não têm o condão de produzir efeitos em relação às decisões judiciais. Os jogos de linguagem das decisões judiciais atinem às normas jurídicas, estabelecendo enunciados prescritivos que se submetem à lógica deôntica, ao passo que os jogos de linguagem dos juristas não são normativos, constituindo enunciados descritivos que se sujeitam à lógica apofântica. Consequentemente, os critérios de aferição são absolutamente distintos e inconciliáveis, pois na linguagem da decisão judicial o critério é o da validade/não validade, enquanto na linguagem da ciência do direito o critério é o da verdade/falsidade. Nesse contexto, é inadequada a discussão da tese da única resposta correta no âmbito da ciência do direito se desconsiderar o específico jogo de linguagem da decisão judicial. E a análise se uma decisão judicial é válida/não válida depende do exame de sua compatibilidade ou não com um dado sistema do direito, com as suas proposições normativas, explícitas ou implícitas, e não com as proposições descritivas da ciência do direito, que são impotentes do ponto de vista normativo. Se é assim, a argumentação lógica de Dworkin no que toca à tese da única resposta correta deve levar em conta as noções de validade ou não validade, de forma que a decisão judicial precisa ser indagada se ela é ou não a única decisão válida. Quando se pensa a palavra “única” em termos de validade, não em termos de correção – ou verdade –, fica ainda mais difícil defender a tese da única resposta

correta. É que a palavra “válida” tem um significado mais elástico do que os significados das palavras “correta” ou “verdade”, precisamente porque ela atine ao âmbito normativo e as últimas concernem ao âmbito científico ou filosófico. Ora, o campo científico é mais rigoroso do ponto de vista lógico do que o campo normativo, já que naquele as leis universais da lógica – princípios da identidade, da não contradição e do terceiro excluído – devem ser respeitados, ao passo que neste é comum, por exemplo, contradições entre normas. Ainda que os juristas contribuam para a superação de contradições, somente as práticas das autoridades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem realmente eliminar as incoerências normativas. E enquanto tais incongruências não são eliminadas do sistema do direito, diferentes decisões judiciais proferidas com base em normas jurídicas contraditórias são válidas, do ponto de vista normativo, ainda que sejam incorretas, do ponto de vista científico[255]. A existência de decisões judiciais contraditórias válidas, além de possível, é um fenômeno comum no mundo do direito.

A tese da única resposta correta deve ser afastada também em virtude do problema do tempo. É que a decisão judicial, sendo ela ou não proferida levando em consideração as suas consequências, produz efeitos no futuro. Ocorre que o futuro é imprevisível, de modo que não é possível antever com precisão os efeitos de uma decisão judicial em um caso difícil. Somente quando o futuro se torna presente e/ou passado é que se pode analisar com maior clareza as consequências de uma decisão judicial proferida em um caso duvidoso. Qualquer previsão do futuro é sempre uma antevisão imperfeita nos casos controvertidos. Consequentemente, há um problema insuperável para encontrar a única resposta correta nos casos difíceis, a partir do ponto de vista de seus efeitos. Evidente que a análise do futuro não é condição necessária para a identificação de uma resposta correta em todo e qualquer tipo de processo, pois nos casos simples o sistema jurídico permite descobrir as respostas corretas sem dificuldades. As normas jurídicas de um dado sistema do direito,

[255] Sobre essa questão, é oportuna a lição do jurista Lourival Vilanova: “Sem levar em conta a distinção entre leis lógicas e regras ou normas jurídicas que se fundam em leis lógicas, ou as põem como conteúdo de normas, incorre-se em desacerto na teoria do Direito. As leis lógicas são proposições *descritivas*; as regras por definição, são *prescritivas*. O que fenomenologicamente a experiência do Direito me oferece é a existência do Direito como complexo de proposições, como estrutura articulada de linguagem que, por isso mesmo que é linguagem *significativa*, é apta a compor-se em forma de sistema. Mas de um sistema em que se encontram tanto a observância das leis lógicas como a inobservância das relações que tais leis teoréticas fixam. O Direito é um sistema com contradições.” (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo.* São Paulo, Editora Noeses, 2010, página 160)

inclusive as produzidas pelo próprio Poder Judiciário, são os principais parâmetros para o desvelamento de repostas legítimas. É principalmente pela análise das normas jurídicas, explícitas ou tácitas, que se obtém as respostas adequadas. Assim, o passado, relativo aos fatos ocorridos e aos enunciados normativos já criados no sistema jurídico, é suficiente muitas vezes para confirmar se uma decisão judicial é correta ou não, pelo menos nos casos fáceis. Todavia, em muitos casos difíceis é necessário o teste do tempo para uma apropriada confirmação acerca da correção ou não das decisões judiciais, na medida em que elas produzem efeitos no mundo e são proferidas em virtude das partes de um processo. Logo, as consequências dos julgamentos do Poder Judiciário podem contribuir, não de forma isolada, para o entendimento sobre a correção ou não das decisões judiciais. Por mais aprimorada, minuciosa e bem fundamentada que seja uma decisão judicial, muitas vezes é o teste do tempo, nos casos controversos, que comprovará a sua efetiva correção. Mesmo aqueles teóricos do direito que acreditam que as consequências de uma decisão judicial não podem ser critério de legitimidade, não podem negar o poder clarificador do tempo, já que em alguns casos é essencial um olhar retrospectivo para constatar a correção de uma decisão. Uma vez que há juristas e juízes que consideram as consequências algo fundamental para a correção de uma decisão judicial, como aqueles, por exemplo, que são adeptos do pragmatismo jurídico, a tese da única resposta correta se torna problemática também por este motivo, uma vez que haverá sempre espaços de incerteza em relação ao futuro no julgamento dos casos controvertidos. E, independentemente de o caso difícil ser julgado por um juiz – ou analisado por um jurista – que é ou não adepto do pragmatismo jurídico, insta salientar que no sistema jurídico brasileiro as consequências da decisão judicial devem ser levadas em conta pelo Poder Judiciário, em virtude de determinação expressa da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Logo, sendo o futuro – consequências – em muitas situações importante para a identificação de um julgamento correto nos casos difíceis, é inviável defender a existência de uma única resposta correta nesse contexto, porque ao ser proferida uma decisão judicial em um caso complexo no presente, neste momento ainda não é possível saber de modo absoluto – categórico, infalível, definitivo etc. – se ela foi correta e, muito menos, se foi a única reposta correta.

É essencial esclarecer e enfatizar que não se nega aqui a importância e a eventual existência de uma única resposta correta, até porque do ponto de vista

científico se pensa no horizonte de respostas verdadeiras ou falsas. Todavia, quando se ingressa no campo da decisão judicial, além do problema de encontrar e demonstrar a única resposta correta em um caso controvertido, é preciso destacar que ela não é condição de possibilidade para um julgamento juridicamente válido, ou seja, é mais importante que haja um legítimo procedimento judicial, com respeito à normas jurídicas como os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões judiciais etc., do que propriamente encontrar a única resposta correta de cada caso difícil. É que, além da dificuldade de demonstrar que a decisão judicial é efetivamente a única correta, os casos complexos remetem a controvérsias muitas vezes insuperáveis pela mera cognição racional, sobretudo porque a racionalidade do juiz é indubitavelmente afetada por outros fenômenos. A força do Poder Judiciário se impõe para além da melhor justificativa racional acerca de um direito controvertido, não porque não se deve buscar a única resposta correta, mas porque, além de não ser possível comprovar qual é realmente a única resposta correta, a razão humana encontra limites que impossibilitam muitas vezes acordos sobre os casos difíceis, isto é, a própria aptidão racional dos juízes em diversas circunstâncias não tem capacidade de superar outros fenômenos que afetam sua racionalidade jurídica nos casos controvertidos. É oportuno rememorar que uma das características dos casos difíceis, como visto em tópico próprio acima, consiste em desacordos duradouros, uma espécie de ruptura comunicacional infindável.

Um dos fatores que limitam a racionalidade das decisões judiciais é a falta de adequados suportes empíricos para os casos difíceis. Com efeito, como nos casos controversos os dados da experiência muitas vezes estão distantes das fundamentações jurídicas, a possibilidade do erro se expande sobremaneira. Com isto, o distanciamento da base empírica nos casos complexos possibilita a ocorrência de dúvidas legítimas pelos juízes. E se a dúvida do Poder Judiciário nos casos controvertidos é algo tolerável, a possibilidade de engano é uma consequência natural, vale dizer, a falibilidade é um fenômeno intrínseco aos casos difíceis. A resposta correta em caso complexo depende tanto da linguagem quanto do mundo, isto é, não somente uma fundamentação jurídica apropriada é necessária, mas também que ela tenha relação com dados da experiência sensível do mundo. Todavia, tanto a linguagem quanto a percepção do mundo têm obstáculos para a obtenção da única resposta correta, pois a primeira tem os problemas já tratados acima, enquanto na segunda os alicerces empíricos possibilitam a construção de diferentes teorias

jurídicas. Consequentemente, as decisões judiciais proferidas nos casos complicados possibilitam críticas e revisões do ponto de vista da ciência do direito[256]. Mesmo a ciência do direito sendo o melhor meio para o descobrimento da resposta correta, ela é também falível, isto é, há o falibilismo também nas teorias científicas, podendo assim seus enunciados serem revistos. Logo, tal possibilidade de revisão é ainda maior quando se trata de decisões do Poder Judiciário nos casos duvidosos.

Os fenômenos atinentes aos casos difíceis podem apresentar diversos sentidos, que repercutem na linguagem. E como os jogos de linguagem – a compreensão, a interpretação, a tonalidade afetiva etc. – dos juízes não são os mesmos em relação aos fenômenos tratados nos casos complexos, há espaços de indeterminação nos julgamentos desses tipos de processos judiciais. De fato, no mundo do direito impasses linguísticos ocorrem tanto na prática jurídica do Poder Judiciário quanto no campo da ciência do direito, de maneira que a linguagem do direito aponta para uma indeterminação da referência de diversos termos e expressões jurídicas, seja no âmbito dos enunciados prescritivos do direito positivo, seja no âmbito dos enunciados descritivos da ciência do direito. Embora a ciência do direito consiga expelir algumas vaguidades e ambiguidades da linguagem jurídica, não consegue superar certas indeterminações radicais de alguns conceitos. Os fenômenos do mundo do direito se manifestam com diferentes sentidos e são

---

[256] Nesse contexto, é oportuna a lição do filósofo Willard Quine, que entende que o falibilismo é um fenômeno comum às ciências, inclusive às ciências naturais: *"*A totalidade de nossos assim chamados conhecimento e crenças das mais casuais questões de Geografia e História até as mais profundas leis da Física atômica ou mesmo da Matemática pura e da Lógica, é um tecido feito pelo homem, que encontra a experiência apenas nas extremidades. Ou, mudando a imagem, a totalidade da ciência é como um campo de força, cujas condições limítrofes são a experiência. Um conflito com a experiência na periferia ocasiona reajustes no interior do campo. (...) Mas o campo total é tão subdeterminado por suas condições limítrofes – a experiência –, que há grande margem de escolha a respeito de quais enunciados devem ser reavaliados à luz de qualquer experiência individual contrária. Nenhuma experiência particular está vinculada a algum enunciado no interior do campo, exceto indiretamente por meio de considerações de equilíbrio que afetam o campo como um todo. Se essa visão é correta, é equivocado falar do conteúdo empírico de um enunciado – em particular quando se trata de um enunciado inteiramente distante da periferia experimental do campo. Além disso, é tolice procurar uma fronteira entre enunciados sintéticos, que se baseiam de maneira contingente na natureza, e enunciados analíticos, que são válidos aconteça o que acontecer. Qualquer enunciado pode ser considerado verdadeiro, aconteça o que acontecer, se fizermos ajustes drásticos o suficiente em outra parte do sistema. Mesmo um enunciado muito próximo da periferia pode ser considerado verdadeiro diante de uma experiência recalcitrante, alegando-se alucinação ou modificando-se certos enunciados que chamamos de leis lógicas. Inversamente, pela mesma razão, nenhum enunciado está imune à revisão. Até mesmo a revisão da lei lógica do terceiro excluído foi proposta como meio para simplificar a Mecânica Quântica; e que diferença há, em princípio, entre essa alteração e a alteração pela qual Kepler substituiu Ptolomeu, Einstein substituiu Newton, ou Darwin substituiu Aristóteles?" (*De um Ponto de Vista Lógico*. São Paulo, Editora Unesp, 2011, páginas 66, 67 e 68, tradução de Antonio Ianni Segatto)

analisados por pessoas com diferentes visões de mundo e conjuntos de crenças. Dworkin, por exemplo, entende que o direito é um ramo da moral.

Os dados dos sentidos são os alicerces das fundamentações das decisões judiciais e das proposições da ciência do direito. Como os enunciados científicos são comumente confirmados por métodos científicos, estes representam, em geral, o último árbitro da verdade. Isso não significa, porém, que a noção de verdade possa ser concebida exclusivamente com base na ideia de métodos científicos[257]. É que, mesmo sendo a ciência considerada usualmente o tribunal máximo da verdade, ela é falível, muitas vezes não sendo possível encontrar uma verdade única[258]. Assim, é comum as ciências naturais e humanas, sobretudo estas últimas, exprimirem enunciados que não geram justificações absolutas e inquestionáveis. Não há obstáculos para os juízes julgarem os casos fáceis, visto que nestes não há empecilhos para ocorrer uma subsunção dos fatos às normas jurídicas, não havendo dúvidas e impasses quanto aos significados extraídos dos enunciados normativos. Tal situação não ocorre em relação aos casos difíceis, porque os significados obtidos pela interpretação dos enunciados normativos e dos fatos são muitas vezes discrepantes entre os juízes. É patente que há problemas de interpretação no mundo do direito, notadamente quando se trata de palavras e expressões vagas, tais como, por exemplo, pena cruel, razoável duração do processo, necessidades vitais básicas, necessidades inadiáveis da comunidade, atividade nociva ao interesse nacional, abuso do poder econômico, incapacidade civil absoluta, improbidade administrativa, soberania nacional, interesse público, assegurar a defesa nacional, desenvolvimento econômico e social, bens de valor histórico, artístico e cultural, combater as causas

---

[257] No segundo capítulo deste trabalho demonstrou-se, com base na hermenêutica filosófica de Gadamer, que os métodos científicos não conduzem à verdade em diversas experiências dos seres humanos, de forma que em tais situações se faz necessária a hermenêutica em substituição ao método.

[258] É conveniente outra lição de Willard Quine: “E mesmo se nós ultrapassarmos tais problemas identificando a verdade um tanto fantasiosamente com o resultado ideal da aplicação do método científico completamente à inteira totalidade futura de irritações de superfície, ainda assim há problema na imputação de unicidade (‘o resultado ideal’). Pois não temos razão, como advertido páginas antes, para supor que as irritações de superfície humanas, mesmo até a eternidade, admitam qualquer sistematização que seja cientificamente melhor ou mais simples do que todas as outras possíveis. Parece mais provável que, mesmo que somente devido a simetrias e dualidades, inúmeras teorias alternativas estariam empatadas no primeiro lugar. O método científico é o caminho para a verdade, porém ele não proporciona, mesmo em princípio, nenhuma definição única de verdade. Qualquer assim chamada definição pragmática de verdade está condenada também a falhar.” (*Palavra e Objeto*. Petrópolis, Editora Vozes, 2010, página 48, tradução de Sofia Inês Albornoz Stein)

da pobreza e os fatores de marginalização, assuntos de interesse local, manter a integridade nacional, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, motivo de força maior, autonomia municipal, necessidade temporária de excepcional interesse público, exigência de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento de obrigações, definição de equilíbrio financeiro e atuarial, compromissos gravosos ao patrimônio nacional, decoro parlamentar, idoneidade moral e reputação ilibada, segurança interna do país, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica etc. Estas expressões, que foram tiradas apenas da Constituição Federal, demonstram que os enunciados normativos constitucionais, que se irradiam sobre toda a legislação infraconstitucional, possibilitam a produção de diferentes significados jurídicos e interpretações díspares dos mesmos textos normativos. Claro que se pode argumentar que tais expressões atinem a contextos particulares, que delimitam, assim, as semânticas possíveis. Porém, demarcar o campo de significados possíveis é diferente de estabelecer um único possível, ou seja, é absolutamente comum no mundo do direito a presença de enunciados normativos que inviabilizem a geração de significados unívocos na prática jurídica do Poder Judiciário. Por conseguinte, é visível que a tese da única resposta correta tem, entre outros empecilhos, um enorme obstáculo semântico, de maneira que alcançar apenas um significado correto nos casos complexos se revela algo muitas vezes impraticável.

É preciso indagar acerca dos significados das palavras “única” e “correta”. A resposta é feita com base, sobretudo, em sinônimos. O significado da palavra “única” tem conexão com as palavras inigualável, ímpar, inédita, singular, incomparável, exclusiva etc., ou seja, o seu horizonte semântico é de fácil entendimento, pois sinaliza algo sem outro igual, que é um só. Daí porque a semântica da palavra única torna problemática a tese dworkiniana, tendo em vista que pressupõe nos casos controvertidos que as decisões judiciais corretas sejam uma só. O termo “correto”, por sua vez, tem uma semântica mais ampla que a palavra “única”, porquanto, de acordo com diferentes dicionários brasileiros[259], pode ser concatenado com perfeito, exato, certo, digno, honesto, íntegro etc. O vocábulo “correto” pode ser associado, por exemplo, a alguém de bom caráter, que tem dignidade, a algo isento de falhas, erros

[259] Dicionário Online de Português, Dicionário Houaiss, Dicionário Priberam Online de Português Contemporâneo etc.

ou defeitos, a algo que respeita regras, normas, padrões etc. Antes de seu exame particular no mundo do direito, percebe-se que pode haver certos empecilhos para associar as semânticas das duas palavras. Ocorre que quando se trata do mundo jurídico, mormente no que diz respeito às decisões judiciais proferidas em casos complexos, o impasse se torna, usualmente, de difícil superação. O termo “válido” indica diferentes significados, tais como valioso, saudável, são, sadio, certo, legal etc. Quando se substitui o termo “correto” pelo termo “válido” no mundo do direito, o campo semântico se expande de maneira que se torna problemático entender que há uma única resposta válida em um caso controvertido. E o problema não é apenas porque uma decisão judicial incorreta tem capacidade de ser válida, podendo transitar em julgado e produzir efeitos no mundo, mas, sobretudo, porque não há, nos casos difíceis, padrões normativos irrefutáveis e definitivos que possibilitam a correção da decisão.

Ainda que a ciência possa ser enxergada como o tribunal máximo da verdade, os seus enunciados estão sujeitos à revisão, pois são falíveis, ou seja, mesmo o método científico não gera necessariamente uma única verdade. Sendo o falibilismo inevitável, inclusive nas ciências da natureza, é importante esclarecer que ele não se confunde com relativismo, isto é, os métodos científicos comumente produzem enunciados com elevado assentimento. Quando os enunciados eventualmente se mostram equivocados ao longo da história, é porque surgiram novas teorias científicas que têm a pretensão de serem corretas e provocam também, com o tempo, grande concordância. No que tange ao mundo do direito, tal situação não se dá usualmente em relação aos casos duvidosos, porque as repostas judiciais nos processos controvertidos são carregadas de desentendimentos, de modo que é comum um certo relativismo, ainda que assim não seja concebido no pensamento daquele que julga, isto é, ainda que um dado juiz tenha plena convicção acerca do acerto de sua decisão judicial, ela nasce e vive no sistema do direito com um elevado dissentimento nos casos difíceis, que apresentam certas distâncias dos suportes empíricos e sofrem influências dessemelhantes das distintas existências fáticas dos julgadores. Não é só a distância empírica que se revela como empecilho para a obtenção de uma única resposta correta nos casos complicados, já que diferentes existências fáticas, visões de mundo, conjuntos de crenças, tonalidades afetivas e mundos históricos e sociais afetam o modo de produzir as respostas.

No âmbito das ciências naturais há uma distinção entre os fatos observáveis e os fatos inobserváveis, de maneira que as teorias científicas acerca dos primeiros têm mais força do que as teorias sobre os últimos, precisamente em razão do alicerce empírico que se dá em relação aos fatos observáveis. A existência fática, a visão de mundo, a tonalidade afetiva, o mundo circundante social etc., têm menor ou pouca influência, em geral, para a elaboração de respostas sobre certos fenômenos investigados pela ciência da natureza, tais como elétrons, nêutrons, prótons, quarks, células, moléculas, bactérias, vacúolos, magnésio, potássio, carbono, hidrogênio, hélio etc. Entretanto, o mesmo já não ocorre no mundo do direito com os processos judiciais difíceis, que tratam, por exemplo, de questões sobre aborto, justiça, racismo, cotas raciais nas universidades, eutanásia, meio ambiente, liberdade de expressão, pesquisas com células tronco-embrionárias, união entre pessoas do mesmo sexo etc. Portanto, para além dos obstáculos empíricos e dos problemas da linguagem que há nos casos complicados, a existência fática singular de cada juiz também se revela com um fator inviabilizador de uma única resposta correta nos processos controvertidos, notadamente em virtude da possibilidade de diferentes visões de mundo e conjuntos de crenças.

Nos casos complexos é comum a construção de enunciados com certo distanciamento das evidências empíricas. Isso significa que, quanto maior a distância dos dados da experiência, maior é a possibilidade da formulação de teorias distintas e conflitantes no âmbito da ciência do direito. Se tal situação é comum no plano da ciência jurídica, é notório que no plano da prática jurídica do Poder Judiciário é usual a produção de decisões judiciais contrárias sobre um caso duvidoso. E como as decisões judiciais nos casos difíceis podem ser proferidas com um certo distanciamento de critérios empíricos, a tese da única resposta correta se mostra fragilizada também por este aspecto. Se nas ciências da natureza seus enunciados são falíveis, com maior razão serão falíveis os enunciados do Poder Judiciário, sujeitos não somente às limitações e falhas dos juízes, mas também às próprias condições materiais e conjecturais que dificultam ou impossibilitam a descoberta da única resposta correta. Nesse contexto, é fácil perceber como é inapropriado pensar em únicas respostas corretas em casos complicados, mas disso não decorre necessariamente o juízo de empate, que realmente pode acontecer em algumas situações. É que, considerando a existência fática de um particular juiz, não haverá obrigatoriamente em sua visão o juízo de empate, mas provavelmente um

entendimento em uma certa direção, o qual pode ser distinto do ponto de vista de outro juiz. Como nos casos difíceis as evidências empíricas podem ter um certo distanciamento das decisões judiciais, ainda que estas sejam muito bem fundamentadas, não têm aptidão para criar enunciados inquestionáveis de verdade, mas, no máximo, enunciados inquestionáveis de validade. Mesmo que o caso difícil seja julgado por tribunal supremo e a decisão proferida seja unânime, o que é improvável, senão não seria qualificado como caso controverso, ainda assim não há certeza de que foi dada a única resposta correta, porque a possibilidade do erro não está excluída.

Duas teorias podem ser completamente distintas a partir da mesma base empírica, mesmo no campo das ciências da natureza. Este fato aponta para um obstáculo para a obtenção de uma única resposta correta na ciência – humana – do direito, mormente no que diz respeito à prática do Poder Judiciário. Daí não resulta necessariamente um empate entre as respostas, seja porque não há como mensurar adequadamente a equivalência das teorias, seja porque aquele que elabora uma teoria a supõe ser verdadeira, ou seja, a divergência não só é inevitável, mas também é fundamento para inexistência da única resposta correta. Nesse contexto, há um equívoco no pensamento dworkiniano ao conceber apenas dois tipos de proposições: a que afirma que há uma única resposta correta e a que afirma que há empate, na medida em que não há nenhuma resposta correta. O erro de Dworkin é entender que se trata de uma bivalência em que só existem dois valores de verdade, sendo de um lado a proposição que defende a teoria da única resposta correta e de outro lado a que defende a proposição de empate. A mesma racionalidade adotada por Dworkin ao defender que há um espaço conceitual para uma terceira via, como no caso de contratos incoativos, que não seriam nem válidos nem não válidos, pode ser aplicada aqui em relação à bivalência proposicional da tese da única resposta correta. Nesse sentido, a tese de Dworkin não se sustenta também do ponto de vista lógico, pois tanto a proposição do empate quanto a da única reposta correta podem ser falsas, uma vez que há espaço conceitual para uma terceira proposição. A terceira proposição indica que, independentemente da impossibilidade de se provar tanto o empate quanto a única resposta correta nos casos difíceis, os sistemas jurídicos buscam respostas adequadas e fundamentadas, que pressupõem um certo procedimento para sua obtenção. A linguagem acerca do problema em questão deve ser alterada, já que não é apropriado ligar o fenômeno da decisão judicial, nos casos

controversos, à noção de única resposta correta. Os sistemas jurídicos criam procedimentos judiciais que buscam minimizar a produção de decisões equivocadas, mas elas ocorrerão eventualmente. Sempre existirão decisões ruins, erradas, inadequadas etc. do ponto de vista da ciência do direito ou mesmo do Poder Judiciário, mas há todo um aparato legal que estabelece parâmetros para que tais decisões não sejam frequentes. Independentemente de possibilidades no âmbito teórico, o empreendimento da decisão judicial é de tal natureza que afasta a possibilidade do empate no âmbito prático, na medida em que os juízes são obrigados a dar repostas, e não há exigência jurídica de que as repostas dos juízes sejam as únicas corretas para os casos controversos. Portanto, o direito se realiza e persiste com respostas que não sejam as únicas corretas, desde que sejam válidas de acordo com o sistema jurídico. Com isso, há espaço para uma terceira proposição, distinta da proposição do empate ou da proposição da única resposta correta[260].

Por meio de ajustamentos semânticos há possibilidade de solução de certos problemas no mundo do direito, como a questão da única reposta correta. De fato, por meio de uma elevação da linguagem, que não mais utilizaria os termos “única” e “correta” no que atine ao fenômeno da decisão judicial, é possível vislumbrar uma solução conveniente para o problema, porque não ficaria mais pressa à bivalência das proposições da lógica da ciência do direito. É insustentável defender uma única interpretação correta nas situações hermenêuticas caracterizadoras de um caso difícil, sobretudo quando se focaliza a existência fática singular de cada intérprete, que pode gerar diferentes visões de mundo e conjuntos crenças. Não é penoso perceber que a expressão “única resposta correta” é problemática, sendo apropriado substituir a palavra “correta” por termos como “válida”, “adequada”, “legítima” etc., que já

[260] Nesse contexto, é apropriado trazer a ideia de ascensão semântica de Willard Quine: “A estratégia da ascensão semântica é levar a discussão para um domínio no qual ambos os partidos concordam melhor quanto aos objetos (a saber, palavras) e quanto aos termos principais que lhes dizem respeito. As palavras, ou as suas inscrições, ao contrário de pontos, milhas, classes, e o resto, são objetos tangíveis da dimensão tão popular na vida pública, na qual homens com esquemas conceptuais distintos comunicam no seu melhor. A estratégia é ascender a uma parte comum de dois esquemas fundamentalmente díspares, para melhor discutir as fundações díspares. Não admira que seja uma ajuda na filosofia. Mas também figura nas ciências da natureza. A teoria da relatividade de Einstein foi aceita em consequência não apenas de reflexões sobre o tempo, luz, corpos precipitados e as perturbações de Mercúrio, mas também de reflexões sobre a própria teoria, enquanto discurso, e a sua simplicidade em comparação com teorias alternativas. O seu afastamento das concepções clássicas de tempo e comprimento absolutos é demasiado radical para ser debatido eficientemente no nível do discurso-objeto, sem a ajuda da ascensão semântica.” (*Palavra e Objeto*. Petrópolis, Editora Vozes, 2010, páginas 338 e 339, tradução de Sofia Inês Albornoz Stein)

enfraquecem ou excluem o sentido limitador da palavra “única”, na medida em que os juízes têm o dever de proferir decisões válidas, adequadas, legítimas etc., mas que não seriam a única resposta válida, adequada, legítima, não somente porque é inviável do ponto de vista da prática jurídica nos casos duvidosos, mas também porque não existe tal exigência no sistema jurídico. Para o sistema do direito é suficiente respostas válidas geradas a partir de um processo judicial que respeitou preceitos como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da fundamentação das decisões etc. Dworkin mirou o alvo errado, pois a sua teoria da única resposta correta é uma tentativa de superar algo que não pode ser superado, porque o poder discricionário do Poder Judiciário é inevitável nos processos complexos, variando apenas em grau, a depender do caso concreto e de quem julga, visto que a discricionariedade derivada da autoridade de última instância transcende inclusive a situação derivada do julgamento dos processos controversos, sendo forte até em relação aos casos medianos, isto é, a discricionariedade em um grau elevado não decorre apenas dos casos difíceis, mas também de processos cujo julgador é um tribunal cuja decisão proferida é irrecorrível, geradora de validade jurídica incontestável. Assim, fracassou a tentativa de Dworkin de combater a discricionariedade judicial por meio da sua concepção do direito como integridade e da sua tese única resposta correta. É possível apenas resistir aos excessos de discricionariedade, controlando, fiscalizando, mas nunca a eliminando nos casos complexos e, especialmente, quando o julgador é o tribunal que está no topo da hierarquia do Poder Judiciário. Quando se muda a caracterização da resposta para válida, legítima, ajustada constitucionalmente etc., se torna mais compatível com a prática jurídica e viável as discussões sobre o fenômeno da decisão judicial. Portanto, além de incorreta a teoria da única resposta correta de Dworkin, ela apresenta também um aspecto disfuncional, não prático, podendo implicar até uma espécie de paralisia decisória pelos juízes. A tese da única resposta correta aponta para construções de argumentos teóricos cada vez mais distantes da realidade empírica que resultarão em justificações que serão insuperáveis e inaceitáveis, considerando que os juízes têm diferentes existências fáticas, tonalidades afetivas, visões de mundo, conjuntos de crenças e mundos circundantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou desenvolver uma introdução a uma teoria da decisão judicial. Para tanto, examinou alguns temas filosóficos considerados essenciais para um mais amplo e apropriado entendimento do fenômeno da decisão judicial. Se esta tese explorou os fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial, o pensamento de Martin Heidegger foi aqui considerado o principal sustentáculo desta empreitada. De fato, a analítica do ser-aí é a base filosófica fundamental desta introdução a uma teoria da decisão judicial, na medida em que trata da constelação fenomênica que está na base dos julgamentos do Poder Judiciário. Assim, *Ser e tempo* é o livro central desta tese, uma vez que ele aborda distintos fenômenos que neste trabalho são considerados os fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial, sendo os mais importantes a disposição, a compreensão, a interpretação, a linguagem, a decadência e a existência fática do ser-aí. Estes não são os únicos alicerces filosóficos de uma teoria da decisão judicial, mas com certeza são, para esta tese, os mais relevantes. Realmente, este conjunto de fenômenos possibilita uma expansão dos conceitos e, consequentemente, do conhecimento acerca dos julgamentos dos juízes. Essa abordagem holística possibilita uma ampliação tanto da linguagem quanto do horizonte hermenêutico sobre o fenômeno da decisão judicial. Estes elementos apontam para o caráter transcendental da tese, remetendo a fenômenos que acompanham e possibilitam toda e qualquer decisão judicial.

Os fenômenos da compreensão, da interpretação e da linguagem, que são tradicionalmente estudados no mundo do direito, foram aqui investigados também com o auxílio do pensamento de Hans-Georg Gadamer. Portanto, a hermenêutica filosófica gadameriana contribuiu para a averiguação dos fundamentos filosóficos desta introdução a uma teoria da decisão judicial. Daí porque *Verdade e método* é outro livro imprescindível para este trabalho, sobretudo porque desenvolve algumas ideias de Heidegger. Embora Gadamer não explore alguns temas da analítica existencial heideggeriana, como as tonalidades afetivas do ser-aí, por exemplo, as suas lições são essenciais para o aprofundamento de temas centrais do mundo jurídico. Com efeito, se não há muitos estudos acerca das tonalidades afetivas no mundo do direito, o mesmo não ocorre com os fenômenos da linguagem e da

interpretação, que são frequentemente tratados pela ciência jurídica. Antes de abordar estes usuais temas do mundo do direito, é preciso realçar os existenciais da disposição e da decadência explorados na analítica do ser-aí de Heidegger.

A análise da disposição do ser-aí indicou que a capacidade racional dos juízes é afetada, entre outros motivos, pelas tonalidades afetivas manifestadas na existência fática cotidiana. Se as tonalidades afetivas, de um lado, podem prejudicar o adequado julgamento de alguns casos concretos, por outro lado, elas são necessárias para a apreciação de outros casos. E, independentemente de serem produtivas ou não, as tonalidades afetivas são inevitáveis nas decisões do Poder Judiciário, na medida em que não há vácuo de disposição na existência fática cotidiana dos juízes. Assim, as decisões judiciais apropriadas, nos casos difíceis, têm relação com um devido processo afetivo, de maneira que é necessária uma adequada abertura dispositiva do juiz para o caso concreto a ser julgado. A decadência do ser-aí, por sua vez, tem relação com a noção de mundo circundante e com a ideia de impessoal, isto é, a decadência é um dos elementos da abertura do ser do ser-aí, em que este ente é dominado pela força do impessoal na sua existência fática cotidiana em um dado mundo circundante. Este modo de ser originário do ser-aí remete aos fenômenos do falatório, da curiosidade e da ambiguidade. Todos estes fenômenos da decadência estão presentes no mundo do direito e repercutem no modo de ser dos juízes e, consequentemente, em suas decisões judiciais. A compreensão, por seu turno, remete aos fenômenos da interpretação e da aplicação. Os fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial, em relação a este modo de ser do ser-aí, se orientam tanto pela analítica existencial heideggeriana quanto pela hermenêutica filosófica gadameriana. Com base no pensamento destes filósofos constatou-se que toda decisão judicial tem interpretação e que toda práxis hermenêutica de um juiz tem uma estrutura prévia interpretativa. Esta diz respeito à pré-compreensão do juiz ao entrar em qualquer círculo hermenêutico acerca de um caso concreto. Assim, para julgar adequadamente um juiz tem que formar uma consciência hermenêutica, questionando os seus preconceitos sobre um dado caso concreto, de maneira que os prejulgamentos ilegítimos sejam afastados.

Os fenômenos mencionados acima são articulados pela linguagem, vale dizer, os modos de ser originários da disposição, da compreensão e da decadência são conectados com a linguagem do ser-aí. Nesse contexto, é evidente que o mundo do direito é dependente da linguagem e que toda decisão judicial resulta

necessariamente de alguma práxis linguística do Poder Judiciário. Com base no ensinamento de Heidegger constatou-se que as práticas linguísticas dos juízes não podem criar semânticas de forma livre, ainda que se trate de casos controvertidos, na medida em que os fenômenos do mundo do direito se manifestam com sentidos de ser que geram significados em virtude de suas redes referenciais. Realmente, como toda práxis hermenêutica pressupõe uma pré-compreensão, as estruturas prévias da interpretação dos juízes modulam a compreensão dos fenômenos que se revelam no mundo jurídico. Toda prática interpretativa, segundo Gadamer, exige um diálogo hermenêutico, o qual só é possível em razão da linguagem. A linguagem possibilita a conversação entre diferentes horizontes hermenêuticos. Os fenômenos da distância temporal e da história efeitual formam a consciência hermenêutica de um juiz, porque a linguagem possibilita um diálogo com o ente interpretado. A tradição jurídica de todo e qualquer juiz só é transmitida e conservada pela linguagem. Com isso, é fácil perceber que o fenômeno da linguagem é fundamental para uma teoria da decisão judicial, não só porque sem atividade linguística não há julgamento do Poder Judiciário, mas especialmente porque a consciência hermenêutica de qualquer juiz pressupõe fenômenos históricos que são indissociáveis da linguagem, tais como a tradição, a distância temporal e a história efeitual.

No que concerne aos casos difíceis, a tese demonstrou que uma adequada consciência hermenêutica é imprescindível para os julgamentos dos juízes. Processos controversos apontam para maiores empenhos hermenêuticos dos juízes, de maneira que estes devem questionar seus preconceitos ilegítimos e realizar diálogos hermenêuticos autênticos com os casos concretos. Nesse contexto, há limites na produção de semânticas pelo Poder Judiciário, que deve sempre conversar com a tradição jurídica sobre um caso, ainda que seja para rejeitá-la, produzindo, assim, uma decisão disruptiva. E como o poder discricionário do Poder Judiciário é maior nos casos complexos, possibilitando a criação de direito em um grau mais elevado, a necessidade de uma fundamentação das decisões judiciais mais adequada em tais situações é evidente. Justificar corretamente os julgamentos dos casos difíceis sinaliza tanto para uma práxis hermenêutica apropriada quanto para uma linguagem jurídica precisa, as quais, por sua vez, apontam para preconceitos autênticos e uma propícia consciência da situação hermenêutica, dos diferentes horizontes históricos, da distância temporal e da história efeitual.

Todos esses fenômenos referidos acima estão atrelados à existência fática de cada juiz. Nesse contexto, demonstrou-se que o caráter existencial dos julgamentos dos juízes é essencial nos casos controvertidos, tendo reflexo em diversos temas jurídicos vitais concernentes à decisão judicial, tais como aqueles relativos ao poder discricionário, à aplicação e criação do direito pelo Poder Judiciário, à fundamentação da decisão judicial e à tese da única resposta correta. Demonstrou-se neste trabalho que nos casos difíceis há uma elevação no grau de criação do direito pelo Poder Judiciário, o que gera um maior esforço interpretativo e linguístico na fundamentação das decisões judiciais. E como há um aumento do poder discricionário do Poder Judiciário e não há uma única resposta correta nos casos controvertidos, a existência fática dos juízes, sempre acompanhada de tonalidades afetivas, tem fundamental importância para o julgamento de tais tipos de processos judiciais. Com isso, se tornou relevante investigar a constelação fenomênica que está na base da produção de uma decisão judicial, a qual pressupõe ingresso no mundo da filosofia. Daí porque a presente tese trata de fundamentos filosóficos de uma teoria da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*. Doxa 4, 1987, pp. 109 – 117.

_____. *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Doxa 8, 1990, pp. 23 – 38.

_____. *Lo racional como razonable – Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABEL, Henrique. *Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial – A Filosofia do Direito na encruzilhada do Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2017.

AHMED, Arif. *Wittgenstein's Philosophical Investigations*. Cambridge University Press, 2010.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Temas de argumentação jurídica: teoria da decisão judicial, justiça e cotidiano*. Florianópolis, Editora Empório do Direito, 2016.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. Curitiba, Juruá Editora, 2008.

BARASH, Jeffrey Andrew. *Heidegger e o seu século; tempo do ser, tempo da história.* Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

BENANTI, Emanuela. *La motivazione della sentenza civile*. Tesi di dottorato. Università Degli Studi Di Palermo, 2015.

BENDOR, Ariel L e ZEEV SEGAL. *The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak*. Tulsa Law Review, vol. 47, 2011, pp. 465 – 476.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo, Editora Edipro, 2019.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo, Editora Edipro, 2017.

BLATTNER, Willian D. *Heidegger's temporal idealism*. Cambridge University Press, 1999.

BRANDOM, Robert. Heidegger's Categories in *Being and Time*. In: *A Companion to Heidegger*. Organizado por Hubert L. Dreyfus e Mark A. Wrathall. Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008.

CANALE, Damiano. *Ragionamento giuridico e norme opache*. XXIX Conferenza Nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto "La filosofia del diritto tra storia delle idee e nuove tecnologie". Bologna-Ravenna, 18-20 Settembre 2014.

CANALE, Damiano e GIOVANNI TUZET. *La giustificazione della decisione giudiziale*. Torino, G. Giappichelli Editore, 2019.

CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger.* Petrópolis, Editora Vozes, 2009.

_____. *Mundo e Historicidade: Leituras fenomenológicas de Ser e tempo – volume 1 – existência e mundaneidade*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2017.

_____. *Mundo e Historicidade: Leituras fenomenológicas de Ser e tempo – volume 2 – tempo e historicidade.* Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2019.

_____. *Existência e transitoriedade – gênese, compreensão e terapia dos transtornos existenciais*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2021.

CERBONE, David R. Heidegger on Space and Spatiality. In: *The Cambridge Companion to Heidegger's Being and Time*. Organizado por Mark A. Wrathall. Cambridge University Press, 2013.

CRITCHLEY, Simon e REINER SCHURMANN. *Sobre Ser e Tempo de Heidegger.* Trad. Bernardo Sansevero. Rio de Janeiro, Mauad Editora, 2016.

CROWELL, Steven. *Normativity and Phenomenology in Husserl and Heidegger*. Cambridge University Press, 2013.

_____. *Measure-taking: meaning and normativity in Heidegger's philosophy*. Springer Science Business Media B.V. Published online: 11 September 2008.

DAHLSTROM, Daniel O. *Heidegger's concept of truth*. Cambridge University Press, 2001.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes – Emoção, razão e o cerebro humano*. Trad. Dora Vicente Georgina Segurado. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2021.

_____. *O mistério da consciência – do corpo e das emoções ao cohecimento de si*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2020.

_____. *A estranha ordem das coisas – as origens biológica dos sentimentos e da cultura*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2018.

_____. *Sentir & saber – as origens da consciência*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2021.

DREYFUS, Hubert L. *Being-in-the-World A Comementary on Heidegger´s Being and Time, Division I.* Cambridge. The MIT Press, 1991.

_____. Being-with-Others. In: *The Cambridge Companion to Heidegger's Being and Time*. Organizado por Mark A. Wrathall. Cambridge University Press, 2013.

DEVITT, Michael e RICHARD HANLEY. *Philosophy of language*. Blackwell Publishing, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2020.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Editora Martins Fontes, 2019.

_____. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2021.

_____. *A justiça de toga.* Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2018.

ENDICOTT, Timothy A. *Vagueness in Law*. Oxford University Press, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial – hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. *A possibilidade de Superação da Discricionariedade Judicial Positivista pelo Abandono do Livre Convencimento no CPC/2015*. Salvador, Editora *Jus*Podivm, 2018.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado de uma Teoria da Decisão Judicial – De Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte. Dialética Editora, 2019.

FERREIRA DA SILVA, Maria Luísa Portocarrero. *Rituais Hermenêuticos da Convivência – A atualidade de H. G. Gadamer*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2018.

FIGAL, Gunter. *Introdução a Martin Heidegger*. Trad. Vinícius Lopes. Revisão Marcon Antonio Casanova. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2016.

_____. *Oposicionalidade – O elemento hermenêutico e a filosofia.* Trad. Marco Antônio Casanova, Petrópolis, Editora Vozes, 2007.

FRANCK, Didier. *Heidegger e o problema do espaço.* Trad. João Paz. Lisboa, Instituto Piaget, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis, Editora Vozes, 2009.

_____. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis. Editora Vozes, Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2020.

_____. *Verdade e Método II – Complementos e índice.* Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis. Editora Vozes, Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2017.

GIACOIA JR, Oswaldo. *Heidegger Urgente – Introdução a um novo pensar.* São Paulo, Editora Três Estrelas, 2013.

GIANNOTTI, José Arthur. *Heidegger – Wittgenstein: Confrontos*. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 2020.

GREAVES, Tom. *Heidegger – Introdução*. Trad. Edgar Marques. Porto Alegre, Penso Editora, 2012.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo, Parábola Editorial, 2012.

_____. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2003.

GUIGNON, Charles. *Poliedro Heidegger*. Trad. João Carlos Silva. Lisboa, Instituto Piaget, 1993.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo, Editora VWF Martins Fontes, 2020.

HEIDEGGER, Martin. *Seminarios de Zollikon.* Ed. Merdard Boss. Trad. Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de ª Prado. São Paulo EDUC/ Petrópolis, Vozes, 2001.

_____. *Introdução à Filosofia.* Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Os conceitos fundamentais da Metafísica. Mundo – Finitude - Solidão.* Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro, Editora Forenses, 2015.

_____. *Ontologia (Hermenêutica da faticidade).* Trad. Renato Kirchner. Petrópolis, Editora Vozes, 2017.

_____. *Being and Time.* Trad. Joan Stambaugh, Albany, State University of New York Press, 2010.

_____. *Ser e tempo.* Trad. Fausto Castilho. Campinas, Editora da Unicamp. Petrópolis, Editora Vozes, 2014.

_____. *Ser e tempo.* Trad. Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis, Editora Vozes, 2016.

_____. *Que é Metafísica?* Trad. Ernildo Stein. In Conferências e escritos filosóficos. São Paulo. Abril Abril Cultural, 1973. (Col. Os pensadores; XLV). p. 223-262.

KAHNEMANN, Daniel. *Rápido e devagar – duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2012.

KAHNEMANN, Daniel, Paul Slovic e Amos Tversky. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press, 2008.

KAHNEMANN, Daniel, Dale Griffin e Thomas Gilovich. *Heuristics and Biases – The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge University Press, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2020.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. Editora Martins Fontes, 2016.

KISIEL, Theodore. *The genesis of Heidegger's Being and Time.* Berkeley, University of California Press, 1995.

KÖGLER, Hans-Herbert. *A Critique of Dialogue in Philosophical Hermeneutics*. Journal of Dialogue Studies 2:1, pp. 47 – 67.

KREPSKY, Giselle Marie. *Decisione giudiziaria e produzione scientifica: relazioni fra la legge e la scienza giuridica*. Curitiba. Revista Jurídica, vol. 03, nº 60, 2020, pp. 311 – 338.

LAFONT, Cristina. Hermeneutics. In: *A Companion to Heidegger*. Organizado por Hubert L. Dreyfus e Mark A. Wrathall. Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEE, Barry. *Philosophy of Language: The Key Thinkers*. Continuum International Publishing, 2011.

LEVIN, Joel. *The Concept of the Judicial Decision*. Case Western Reserve Law Review, vol. 33, 1983, pp. 208 – 239.

LYCAN, Willian G. *Philosophy of language – a contemporary introduction*. New York, Routledge, 2008.

LOPARIC, Zeljko. *Heidegger*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2004.

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

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia – Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

MALPAS, Jeff. *Heidegger and the Thinking of Place – Explorations in the Topology of Being*. Cambridge, The MIT Press, 2007.

_____.*Heidegger's Topology: Being, Place, World*. Cambridge, The MIT Press, 2006.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito – Crítica do Pensamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas – precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARMOR, Andrei. *The language of law*. Oxford University Press, 2014.

MORRIS, Michael. *An Introduction to the philosophy of language*. Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério – Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Frederich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. *Uma Teoria da Decisão Judicial – Fundamentação, Legitimidade e Justiça*. Salvador, Editora *Jus*Podivm, 2019.

NOJIRI, Sergio. *Emoção e Intuição – Como (de fato) se dá o proceso de tomada de decisão judicial*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2021.

NUNES, Benedito. *Heidegger.* São Paulo, Edições Loyola, 2017.

_____. *Heidegger & Ser e Tempo.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2010.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *Filosofia do direito e hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio – A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2008.

OLSON, Robert G. *An Introduction to Existentialism.* New York, Dover Publications, 2017.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger.* Trad. Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999.

PINO, Giorgio. *Riflessioni sul ragionamento giudiziale (a partire dalla teoria di Manuel Atienza)*. Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, 2016, pp. 331 – 351.

PÖGGELER. Otto. *A via do pensamento de Martin Heidegger.* Trad. Jorge Telles de Menezes. Lisboa, Instituto Piaget, 1984.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica.* Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021.

_____. *Fronteiras da teoria do direito.* Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021.

_____. *How Judges Think.* Cambridge, Harvard University Press, 2008.

_____. *Para além do direito.* Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2021.

POUND, Roscoe. *The Theory of Judicial Decision*. Harvard Law Review, vol. 36, 1923, pp. 940 – 959.

PROSPERI, Francesco. *Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di um conflito originario e ineluttabile*. Civilistica.com, a. 5. n. 2, 2016

QUINE, Willard Van Orman. *Palavra e Objeto*. Trad. Sofia Inês Albornoz Stein. Petrópolis. Editora Vozes, 2010.

_____.*De um Ponto de Vista Lógico.* Trad. Antonio Ianni Segatto, São Paulo, Editora Unesp, 2011.

RAMOS DOS REIS, Róbson. *Aspectos da modalidade – a noção de possibilidade na fenomenologia hermenêutica*. Rio de Janeiro, Via Verita Editora, 2014.

RATCLIFFE, Matthew. Why Mood Matters. In: *The Cambridge Companion to Heidegger's Being and Time*. Organizado por Mark A. Wrathall. Cambridge University Press, 2013.

RÉE, Jonathan. *Heidegger – história e verdade em Ser e Tempo.* Trad. José Oscar de Almeida Marques e Karen Volobuef. São Paulo, Editora Unesp, 2000.

REYNOLDS, Jack. *Existencialismo.* Trad. Caesar Souza. Petrópolis, Editora Vozes, 2006.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2019.

RORTY, Richard. *Ensaios sobre Heidegger e outros – Escritos Filosóficos 2*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002.

STAACK, André Luiz. *A emoção como critério de decisão judicial*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2020.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal.* Trad. Lia Luft. São Paulo, Geração Editorial, 2000.

SANTOS, Raphael de Souza Ameida. *Por Uma Teoria da Decisão Judicial – A Crítica Hermenêutica do Direito Como Blindagem ao Protagonismo Judicial no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2016.

SARAMAGO, Ligia. *A Topologia do Ser – Lugar, espaço e linguagem no pensamento de Martin Heidegger.* São Paulo, Editora Loyola, 2008.

SAWYER, Sarah. *New waves in philosophy of language*. Palgrave Macmillan, 2010.

SHEEHAN, Thomas. Dasein. In: *A Companion to Heidegger*. Organizado por Hubert L. Dreyfus e Mark A. Wrathall. Oxford, Blackwell Publishing, 2005.

SOAMES, Scott. *Philosophy of language*. Princeton University Press, 2010.

SOLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica Jurídica Radical*. São Paulo, Marcial Pons Editora, 2018.

_____. *Os caminhos da filosofia e da ciência do direito – conexão alemã no devir da justiça.* Curitiba, Editora Prismas, 2015.

_____. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "Ser e tempo".* Petrópolis, Vozes, 1988.

STERN, David G. *Wittgenstein's Philosophical Investigations – An introduction*. Cambridge University Press, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é Deus – Juge n'est pas Dieu*. Curitiba, Juruá Editora, 2016.

_____. *Precedentes judiciais e hermenêutica – O sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador, Editora *Jus*Podivm, 2021.

_____. *Precisamos falar sobre direito e moral – Os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Rio de Janeiro, Editora Tirant, 2019.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Dicionário de hermenêutica – 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte, Editora Letramento, 2020.

_____. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Editora Saravia, 2017.

_____. *30 anos da CF em julgamentos – Uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz (coordenador). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador, Editora *Jus*Podivm, 2019

TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e Decisão Judicial – Elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. Salvador, Editora *Jus*Podivm, 2020.

URBAN, Federica. *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*. Diritto Penale Contemporaneo, nº 02, 2016, pp. 89 – 100.

VELLUZZI, Vito. *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certeza del diritto*. Versione scritta della relazione tenuta al Convegno nazionale della Società italiana di Filosofia del diritto, Torino, 16-18 settembre 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2019.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo, Editora Noeses, 2015.

_____. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo, Editora Noeses, 2010.

VILLA, Vittorio. *La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e anti-formalismo*. Etica & Politica, 1, 2006.

WALHOF, Darren. *The Democratic Theory of Hans-Georg Gadamer*. Grand Rapids, Palgrave Macmillan, 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza.* Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa. Edições 70 Editora, 1969.

_____. *Investigações filosóficas.* Trad. Marcos G. Montagnoli, Petrópolis, Editora Vozes, São Paulo, Editora Unesp, 2017.