

FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Guilherme Diehl de Azevedo ¹

Resumo

Considerando a crise paradigmática sofrida pelo Brasil referentemente às decisões judiciais e sua devida fundamentação, o presente artigo se prestou a analisar brevemente alguns dos principais institutos inaugurados e/ou reformulados pelo novo diploma processual civil, para, investigando suas razões, perceber a intenção de se afastar, antes de tudo, a ideia de livre convencimento, uma vez pautada em concepções como o protagonismo judicial, oposto ao regime democrático eleito pelo país. Doutrinas pátrias foram revisitadas, permitindo-nos concluir que o sistema jurídico normativo atual, uma vez eivado de princípios deontológicos, possibilitam seja dada a devida solução aos casos concretos e que, por que razão, não há mais que se falar em “poder discricionário” para decidir. Outrossim, perceptível tornou-se, com força em Müller, a necessidade de utilização da interpretação de todo ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição para fins de materialização do direito positivado, momento em que passamos a investigar as atuais concepções do procedimento interpretativo, debruçando-nos sobre autores como Heidegger e Gadamer. De posse dos paradigmas interpretativos fundamentais, pudemos concluir que, se ao juiz não é mais dada a integral responsabilidade de decidir, então, necessária se faz, como quer o novo código, a efetiva cooperação de todos os envolvidos no processo.

Palavras-chave: NCPD; Fundamentação das decisões; Hermenêutica Jurídica; Giro Ontológico-linguístico; Constitucionalismo contemporâneo.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC (2017). Extensão acadêmica em Filosofia e Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2013). Curso Superior de complementação de estudos em linguagem e comunicação para a área jurídica pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015). Extensão acadêmica em Direito Processual Civil - Novo Processo Civil pela instituição Damásio Educacional (2016). Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015). Instituição atual: UFSC – Filosofia. E-mail: guilherme@azevedoadvogados.net..

1 INTRODUÇÃO

O dever de fundamentação das decisões judiciais, ora positivado no novo diploma processual brasileiro², é norma de espécie a gozar de status principiológico e constitucional³, tamanha a sua importância em um ordenamento jurídico erigido nos moldes do modelo Constitucional contemporâneo. Tal se deve, em especial, por este instituto representar notável instrumento no combate das principais mazelas a que os textos constitucionais em geral e o do Brasil em específico visaram afastar, lê-se, o uso arbitrário de Poder.

Ocorre, todavia, que, a despeito de o trabalhado instituto demonstrar-se imprescindível na real democratização nacional, a sua simples positivação não parece ter logrado o devido êxito, por si, em afastar por completo a arbitrariedade judicial. Tal se dá porque, muito embora o dever estivesse assegurado na própria Constituição desde 1988, aos magistrados parece ter soado como reles dever de transcrever em palavras a decisão que tomou, seja ela qual for, quiçá por não terem sido estabelecidas precisas diretrizes ao efetivo dever de fundamentar, e, arriscamo-nos a dizer que, por restarem os demais teóricos brasileiros, de maneira geral, em profunda confusão teórica⁴, que lhes furta a capacidade crítica do sistema.

Apercebendo-se de tal patologia no ordenamento jurídico pátrio, diga-se, o dever de fundamentar versus o efetivo conteúdo das fundamentações judiciais, que não raro restavam, em

² 2Art. 11. CPC/15: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³ Art. 93, IX, CF.: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [grifamos]. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴ 4Acerca da aludida confusão teórica, valemo-nos aqui das postulações de Lênio Streck, de acordo com o qual, uma vez de frente a nova ordem constitucional, juristas brasileiros, por carecerem de uma teoria constitucional adequada ao novo paradigma jurídico, viram-se impelidos a importar teorias alienígenas, o que, na compreensão do autor, fora feito de maneira acrítica, via aposta no protagonismo judicial. Para Lênio, o modelo constitucional a servir de espelho aos operadores pátrios fora o alemão, especialmente face a emblemática situação vivenciada pela Alemanha durante o regime nazista que, vale dizer, por mais atentatória aos direitos humanos que possa ter sido, muito pouco de ilegalidade representou. Assim, terminou-se por importar daquele país ao Brasil a chamada Jurisprudência dos Valores que, em largas linhas, ampliava os poderes do judiciário toda vez que necessária uma suavização das disposições legais. Sem atentar às diferenças contextuais existentes entre ambas as realidades, brasileira e germânica, teóricos brasileiros tomaram emprestado tão somente que “a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”, desaparecendo-se que, diferente do caso alemão, a primordial mazela brasileira circundava, em contrapartida, justamente no uso arbitrário do poder. A maneira pela qual decidiram importar a teoria alemã configura novo desalinho teórico, agora por intermédio de má assimilação da teoria da argumentação de Robert Alexy. Conforme Lênio, tal importação fora feita ignorando-se por completo os pressupostos formais relacionados pelo autor alemão, sugerindo como se todo seu constructo teórico culminasse em reles “operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”. Desnecessário dizer, destarte, que a proposta de Alexy, em território brasileiro serviu tão somente como “álibe teórico” a (pseudo)fundamentar toda e qualquer decisão, servindo a ponderação como “porta aberta à discricionariedade” (lê-se, uso arbitrário do poder). STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 57-60.

muito, aquém da devida fundamentação, o legislador pátrio parece ter erigido o novo diploma processual no intuito de, conjuntamente a outros institutos por si inaugurados, balizar esta hipotética liber(ali)dade de decisão e de fundamentação decisional, (falsamente) concedida ao judiciário brasileiro. Neste sentido, podemos citar inicialmente o art. 6º do Novo Código de Processo Civil⁵, que, ao instaurar o primado da cooperação processual, abrangendo com ele todos os sujeitos do processo, muito além de reafirmar os ditames da boa-fé, operou verdadeira pulverização do protagonismo processual, retirando-se o foco do juiz e de sua hipotética vontade soberana para transladá-lo à própria justiça da decisão, responsabilizando a todos os envolvidos pelo seu alcance⁶.

A aludida repartição de atribuições processuais segue ainda nos demais dispositivos do código, incluindo-se aqui, igualmente, as concepções que o legislador não haja propositalmente importado do antigo sistema processual. Cite-se, neste sentido que, diferentemente dos seus antecessores, o código de 2015 não mais carrega expressões que denotem que o legislador tenha desejado adotar, na nova sistemática processual, a concepção de “livre convencimento motivado”. Assim, em nosso entender, a inércia por parte dos juristas envolvidos no sentido de redigir, novamente, a aludida expressão no diploma legal, deve ser interpretada como intencional e, assim, revolucionária quanto aos antigos paradigmas adotados até então.

Parece-nos, desta feita, que desejaram, os idealistas da nova lei, expurgar qualquer concepção de liber(ali)dade concedida ao magistrado para decidir segundo suas convicções íntimas. Tal é devido, novamente conforme nossa compreensão, face a que o constitucionalismo contemporâneo⁷, enquanto

⁵ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ O dispositivo prevê o princípio da cooperação, que tem por fundamento os princípios do contraditório, da boa-fé processual e do devido processo legal. Tais princípios fazem o juiz também sujeito do contraditório. O princípio da cooperação consolidou-se a partir do redimensionamento do contraditório. A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes no exercício da atividade jurisdicional. Em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se num esquema dialógico, de modo a exigir que o juiz exerça a jurisdição com o auxílio das partes. A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. [...] A cooperação é um princípio que traz consigo um novo modelo de processo. O modelo cooperativo afasta-se da ideia liberal de processo, que tem um juiz passivo, responsável por arbitrar uma “luta” ou “guerra” entre as partes. O modelo cooperativo também se afasta da ideia de um processo autoritário, em que o juiz tem uma postura solipsista, com amplos poderes. STRECK, Lênio Luiz, et. al. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 42 e 43.

⁷ “...constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. STRECK, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. Al. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

eivado de princípios normativos, deontológicos⁸, tais quais as regras⁹, a concederem fechamento e não abertura interpretativa¹⁰, já fornece suficientes subsídios a possibilitar a todos os casos concretos a devida solução.

2 DO REGIME CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO E SUAS IMPLICAÇÕES

Diferentemente do caso alemão pós-Segunda-Guerra¹¹, onde pairavam sobre o ideário jurisfilosófico daquele país, movimentos como a Jurisprudência dos Valores e a famosa “fórmula de Radbruch”¹², não nos soa desejável e/ou mesmo justificável em território pátrio imaginar a vontade e/ou “o livre convencimento” dos juízes como eventual supridor de lacunas legislativas e/ou

⁸ ...não é correto falar em uma axiologia principiológica, mas sim, em uma deontologia dos princípios, visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito. Isto porque as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos. Elas “regem” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade. *Ibidem.*, p. 70.

⁹ “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes.” *Ibidem.*, p. 41.

¹⁰ ...princípios não abrem, mas fecham o sistema jurídico, hermeneuticamente. (...)A invasão da principiológica tem como função determinar respostas jurídicas mais adequadas através justamente da maneira como elas ingressam na fundamentação da decisão. Não é que as regras não eram suficientes e os princípios ampliaram os poderes do intérprete; é que a fundamentação das decisões com base meramente em regras era nitidamente falsa, e relacionar o direito com a realidade é feito de forma mais dinâmica quando se levam em consideração princípios que são democraticamente aceitos como parte de um ordenamento. (...) A dimensão prática e a historicidade dos princípios fazem com que eles não sejam “cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial”. Se para cada caso concreto há uma norma (uma resposta, na terminologia de Dworkin), os princípios são um fechamento hermenêutico, uma orientação mais bem dada no sentido de encontrar a resposta adequada para aquele, e apenas aquele, caso concreto. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 143

¹¹ “As estratégias de legitimação da Lei Fundamental [outorgada pelos aliados no pós Segunda Guerra] perante os próprios alemães, e de política institucional num sentido mais amplo – que passava pela impressão que o novo regime causaria na opinião pública internacional – tiveram que enfrentar conflitos envolvendo casos concretos ocorridos ainda sob a égide do direito nazista. Pela tradição, este era um típico caso a ser resolvido pela aplicação do adágio latino *tempus regit actum*. Contudo, isso significaria dar vigência às leis nazistas em pleno restabelecimento da democracia e fundação de um novo Estado. (Re)fundação esta que implicava a afirmação de uma ruptura total com o regime anterior. Mas isso reivindicava uma tomada de decisão extra legem e, em última análise, até contra legem. Desse modo, para legitimar suas decisões e, ao mesmo tempo, não reafirmar as leis nazistas, o Tribunal passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos-materiais, que remetiam para fatores extra legem de justificação da fundamentação de suas decisões. Afirmava-se, portanto, um direito distinto da lei. Mas não bastava isso, era preciso criar instrumentos que permitissem justificar, normativamente, tais decisões. Assim é que começaram a aparecer, nas decisões do Tribunal, argumentos que remetiam à “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e, obviamente, “princípios”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007*, p. 195, disponível em < www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf> acesso em 31 de julho de 2017.

¹² “...muito difundida na Alemanha pós-ditatorial, diz basicamente que, se a aplicação do direito positivo mostrar-se insuportavelmente injusta, ela há que ser corrigida para que a justiça possa prevalecer. Trata-se do início da Jurisprudência dos Valores, baseada na ideia de que o direito é a possibilidade (no sentido de tornar possível) da moral. É nesse ponto que a argumentação do direito passa a comportar princípios, que são elemento de completude do ordenamento.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 133.

“ponderadores” de primados constitucionais quando hipoteticamente em conflito (“colisão”)¹³, dado que viemos de longo período ditatorial e visamos, antes de tudo, expurgar o uso arbitrário de poder, como já dito. E se não cabe mais ao juiz decidir conforme sua própria consciência, resta-lhe então a incumbência de, face ao Estado Constitucional contemporâneo, elaborar reconstrução integrativa dos primados constitucionais¹⁴, de sorte a, uma vez de frente àquele compatível com o caso concreto posto diante de si, aplicá-lo, de maneira explicativa, lê-se, justificada, fundamentada. Explica-se.

3 DA REVIRAVOLTA ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA E DE COMO NÃO SERÁ MAIS LÍCITO O JUÍZO ARBITRÁRIO



Acerca da aludida reconstrução integrativa, para postular em defesa de tal necessidade, nos valem dos primados jurídico-filosóficos erigidos por intermédio da simbiose especialmente havida entre os constructos teóricos de Friedrich Muller, Martin Heidegger e Hans Gadamer. Neste sentido, cumpre-nos lembrar que ao primeiro tributamos a conclamada elucidação definitiva de separação entre textos normativos e normas, sendo aquele tão somente “dado de entrada” a compor a segunda, uma vez amalgamado com os fatos reais¹⁵. Tal constatação permitiu-nos sepultar por completo qualquer tentativa de interpretação textual abstrata, debruçando-se apenas sobre o texto e seus aspectos sintático-semânticos para tão somente após realizada uma hipotética interpretação “literal”, aplicar os textos normativos aos casos concretos. Assim, conforme pontuado em nota, Müller faz imergir o Direito na teoria da linguagem, tornando seus dispositivos, antes de jurídico- normativos, objetos hermenêuticos.

¹³ Alexy estabelece a ponderação como procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e evitar, assim, a livre escolha do juiz no momento decisional, ou seja, Alexy cria, na sua intenção em tornar "racional" o discurso prático, uma espécie de "elemento camaleônico" que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseada em valores se dá por um meio matemático de fundamentação eu [sic] é a ponderação. No fundo, o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação. No fundo, como ressalta Lênio, em Alexy tem lugar uma reprimatização da discricionariedade do positivismo jurídico. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007, p. 159, disponível em < www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf> acesso em 31 de julho de 2017.

¹⁴ “Integrity demands that public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation.” DWORKIN apud NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 125.

¹⁵ Como nos ensina Leonard Schmitz, “Para Müller, tanto a lei, quanto a doutrina, quanto ainda os precedentes judiciais e as súmulas são textos, isto é, são dados linguísticos (...) cada texto apresenta ao intérprete um amplo espectro possível de sentidos. (...) Todos esses elementos textuais possuem normatividade (...) Até então, denominava-se norma um comando abstrato; o texto da lei era já a norma. Na obra de Müller há uma profunda ruptura; chama-se norma uma decisão que só existe diante de uma facticidade concreta. Isto é, a norma é a aplicação prática do Direito. A teoria estruturante está inserida no paradigma da filosofia da linguagem, consciente das revoluções que o giro ontológico-linguístico legou à ciência do conhecimento humano. Os dados são para essa teoria meramente símbolos, que não têm o condão de aprisionar em si um “teor” ou uma “essência” a ser extraída. A significância de cada conceito jurídico em um texto só passará a existir no momento de sua aplicação.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 69.

Se a Müller se atribui a principal responsabilidade por inserir o Direito na teoria da interpretação, à Heidegger devemos os louros pelas mais novas concepções interpretativas. Como nos contam seus estudiosos, a contribuição deste último para o Direito e para a própria investigação da verdade dos seres mundanos é devida, inicialmente, à constatação do que se chama de “diferença ontológica”. Para o filósofo, ente e ser são locais diferentes dos mesmos sujeitos do mundo, lê-se, a coisa em si e esta mesma enquanto manifesta¹⁶.

Como, para o autor, as coisas só podem ser enquanto são e só serão o que são quando houverem se manifestado enquanto tal, e, de outra banda, só poderemos dizer qualquer coisa a seu respeito quando já estiverem sendo, o ser, diga-se, a existência, a verdade dos entes mundanos reside senão no próprio fenômeno de manifestação dos entes no mundo. Tal manifestação só será completa quando e porque há, no mesmo universo, um ser que recebe, que compreende o fenômeno, diga-se, o ser do ente humano (Dasein), que tem na compreensão o seu existencial.

Ocorre que, se a verdade, se o ser dos entes mundanos se realiza na manifestação deste ser ao ser do ente humano que se comporta compreendendo, e se esse ser compõe o próprio fenômeno de manifestação, haja vista guardar em si elementos pré-compreensivos que, erigidos em sua facticidade e historicidade¹⁷, permitem a compreensão, possibilitando assim o acontecer do mundo enquanto fenômeno, e concedendo, destarte, substância aos seres que se manifestam, justamente por meio do processo compreensivo, então o próprio ser do ente humano que compreende tem substancial participação na constituição da verdade do ser do ente em análise. Neste sentido, todo processo de investigação da verdade do ser dos entes mundanos deverá se perfazer, antes, em verdade, num

¹⁶ Elucidativa nos pareceu a explanação de Georges Abboud, senão vejamos: “Trata-se da grande revolução – a mais decisiva pelo menos – que Heidegger, Martin levou para a filosofia. Para Heidegger a Metafísica relegou a um plano ôntico um problema que é necessariamente ontológico, isto é, investigou objetivando o ente algo que pertence à esfera do ser. Mas isso se deu de diversas maneiras e de nenhuma delas pode-se dizer que estavam erradas. Há equívocos, mal-entendidos, que levam a metafísica a pensar o ente em vez do ser. Também isso não quer dizer que inexistiu um sentido do ser em toda a história da Metafísica. O que o filósofo percebe a partir de sua intuição fundamental é que a compreensão do ser é algo inerente à condição humana, que desde sempre nos acompanha, ainda que dela não necessariamente estejamos conscientes. Há um vínculo necessário entre o homem e o ser, na medida em que, para mencionar algo, é preciso dizer que esse algo é. E esse vínculo a Metafísica não pensou. Ora, quem diz o é do ser é este ente chamado homem, ser humano e que Heidegger responde pelo termo alemão Dasein. Portanto, toda problemática ontológica (a pergunta do sentido do ser) passa pela compreensão deste ente que pode dizer é porque compreende o ser. Assim surge o que o filósofo denomina ontologia fundamental. (...) Heidegger desloca o homem para dentro da ontologia incluindo o seu modo de ser na problemática ontológica e transforma a reflexão filosófica em uma ontologia da compreensão. Portanto, na ontologia fundamental procura-se construir um horizonte a partir do qual se possa pensar o ser enquanto ser, em vez do ente enquanto ente, que caracterizava a ontologia desde Aristóteles. Diante da ontologia fundamental, importa pensar a diferença que existe entre ente e ser; diferença constituidora de sentido na qual desde sempre nos movemos ainda que dela não tenhamos nos dado conta: a diferença ontológica.” ABOUD, Georges apud NERY, Carmen Lígia. *Decisão Judicial e Discrecionalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

¹⁷ “Essa facticidade e historicidade é o locus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), vista prévia (Vorsicht) que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 304.

processo de autocompreensão^{18 19}, de retorno do homem aos seus próprios prejuízos para, elegendo os autênticos²⁰, porque pautados em seu horizonte histórico, compartilhado, de presente, passado e futuro²¹, compreender devidamente para interpretar.

Gize-se que, se o compreender é um existencial humano, então qualquer método hipoteticamente desenvolvido para matematizar a interpretação chegaria sempre tarde, visto que toda vez que posta em prática qualquer metodologia interpretativa dos entes mundanos, o ser do ente humano já haveria compreendido o seu ser^{22 23}. A verdade, de seu turno, não poderá ser mais cogitada como inerente à essência dos entes mundanos, e, menos ainda à subjetividade humana, seja ela racional ou volitiva. A verdade não está na razão, essência, ou vontade, mas na história. Assim, todo empreendimento posto em prática com o fito de a esta investigar, deverá debruçar-se na historicidade humana, curando-se, sempre, por intermédio da facticidade, que permitirá sejam concepções eternamente adequadas às mutações sociais.

¹⁸ “A constatação é de que o existir já é um ato de compreender e um interpretar transforma a filosofia em filosofia hermenêutica. À invasão da filosofia da linguagem dá-se o nome de giro linguístico. Se é na linguagem que se dá sentido às coisas (e não na consciência de si do pensamento pensante), não se pode mais falar na subjetividade “assujeitadora” do mundo. A hermenêutica toma nova forma, uma vez que não mais pode ser a expressão de uma teoria da subjetividade. Ao contrário, ela introduz elemento antropológico, à medida que pretende descobrir no próprio ser humano a compreensão. O homem, ao compreender o ser de um ente, compreende-se a si mesmo, numa espécie de hermenêutica autocompreensiva.” NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p 105

¹⁹ Complementares são, igualmente, as ponderações de Lênio Streck, segundo o qual “Heidegger radicaliza o problema hermenêutico de modo a introduzir nele algo que poderíamos chamar de elemento antropológico. Por meio de suas intuições fundamentais, o filósofo pôde perceber que toda compreensão – seja ela compreensão de um texto ou da própria história – se encontra já fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência. Desse modo, todas as estruturas fundamentais da existência humana passam a ser pensadas e analisadas a partir desta dimensão hermenêutica que fundamenta a própria existência: compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender os textos, palavras, histórias, etc”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.263 e 264.

²⁰ “Para Gadamer, esses pré-conceitos são nossos aliados na empresa compreensiva a ponto do filósofo chegar a afirmar que, sem o chão compreensivo possibilitado por esses pré-conceitos, sequer seria possível algo como a compreensão e a interpretação, visto que seria infactível atribuir sentido às coisas. Há, no entanto, que se diferenciar os inautênticos dos autênticos. A historicidade que permeia o raciocínio hermenêutico é um critério compartilhado de definição do sentido das coisas e é justamente essa a diferença na autenticidade de preconcepções.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 161.

²¹ A questão do tempo tem um lugar central na análise de Heidegger. A temporalidade é a estrutura mais fundamental do ser. O ser-aí (Dasein) existe como antecipação, como ser-possível, voltado para o futuro. Porém, o ser-aí existe como um ser já lançado, já no mundo; portanto, está também voltado para o passado e depende de sua memória. Além disso, o ser-aí existe como presença, existe no presente, cujo modo de apreensão é a intuição. Estes são elementos constitutivos do ser-aí enquanto temporalidade. Segundo Heidegger, ‘a essência (Wesen) do ser-aí reside em sua existência’ (Ser e tempo, §9). MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 271.

²² “Gadamer proporá o abandono do “método” no processo de investigação das ciências humanas, dentre elas o Direito. (...) não é mais possível, ante o paradigma da fenomenologia, pensar que “verdade” é descoberta metodologicamente, porque a historicidade e a linguagem não são métodos, mas modos de ser do homem.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 49.

²³ Em semelhante sentido, aduz Carmen que “o intérprete não pode perguntar por que compreende. A pergunta chega tarde, pois, ao compreender (lógico-argumentativamente), já compreendeu (hermeneuticamente). Não há método capaz de controlar o processo interpretativo, pois que, toda vez que se estabelece um método, o Dasein já se manifestou antes disso.” NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 110.

Uma vez não residindo tão somente nos objetos, mas antes na manifestação, diga-se, em verdadeiro processo comunicativo, entre o ser do ente em análise e o ser do ente humano, que, erigido em sua facticidade (existência humana, condição de sujeito enquanto inserido no mundo, desde sempre) e historicidade²⁴, o empreendimento em busca da verdade, ou, dito de outra forma, da interpretação correta, torna-se relação de Sujeito para Sujeito e não relação Sujeito – Objeto como suscitara outrora Aristóteles e demais essencialistas²⁵.

Complementarmente, podemos ainda dizer que, se admitimos anteriormente que toda verdade do mundo se encontra num processo comunicativo, S-S, então não há espaço fora deste processo que se fará, dada a sua natureza, senão em meio a linguagem. Se as coisas são o que dissemos sobre elas, a despeito de só estarmos com a verdade toda vez que a nossa fala se alinha com o ser dos entes – estes compreendidos conforme já narrado acima – e se só podemos dizer o mundo através da linguagem, então ela compõe tanto o próprio ser do ente humano, através de suas pré compreensões, que não podem se dar fora da linguagem, quanto, pelas razões supra, o ser do ente em análise^{26,27}.

3 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA PÓS GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO



Conforme defendido acima, caberá ao magistrado realizar o aludido procedimento reconstutivo para fins de auferir a norma aplicável a cada caso concreto²⁸. Assim, por meio da fundamentação, fornecerá ao seu destinatário, por incumbência que lhe traz o próprio texto

²⁴ Cf. Streck, “Essa facticidade e historicidade é o locus da pré-compreensão, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Dizendo de um modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), vista prévia (Vorsicht) que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 304.

²⁵ “Como o tema da comunicação é sempre intersubjetivo, o esquema simplório de Sujeito e Objeto (S-O), isolados no mundo, parecia não dar conta de explicar como descobrimos a verdade dos sentidos das coisas. Há uma perceptível substituição dessa ideia por outra, na qual a intersubjetividade (Sujeito e Sujeito, e não Sujeito e Objeto) é responsável, através da linguagem, pela constituição de sentidos das coisas (o esquema S-O, portanto, é substituído pelo esquema S-S).” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

²⁶ Cf. aduz Gadamer: “Pela linguagem é que o Dasein tem condições de nomear algo como algo (etwas als etwas). (...) O modo como algo se apresenta ao ser faz parte do próprio ser, porque é apreensível via linguagem. (...) A linguagem é, assim, o lugar onde o Dasein se comporta compreendendo.” GADAMER apud NERY, Carmen Lígia, Op. Cit., p. 105.

²⁷ Acerca da invasão da filosofia pela linguagem, convencionou-se chamar tal procedimento de “virada linguística”, como explica Leonard Schmitz, nos seguintes termos: “todo pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza linguística; não se pensa sem signos; o vir a ser de um interpretante é dependente do ser do signo, muito mais do que o ser de um ato de interpretação do signo.” SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. Cit., p. 41.

²⁸ a resposta correta no Direito será aquela que, por detalhada fundamentação, explicita a integridade e coerência do Direito. Deve, portanto, revelar o acontecer do sentido do caso concreto em uma tradição autêntica (fundada em prejuízos autênticos) que, ao fazê-lo, gera a sensação de um desaparecer hermenêutico em que o intérprete suspende o processo compreensivo, pois já não encontra mais a necessidade de seguir vendo perguntas àquele respeito. Por fim, essa decisão correta é pautada sempre em princípios, nunca em valores pessoais do juiz, blindando a possibilidade de exercício de poder discricionário do julgador no Estado Democrático de Direito. NERY, Carmen Lígia. Op. Cit., p. 153.

constitucional, verdadeiro extrato do processo de reconstrução institucional por si realizado para fins de atingir a norma por si construída e aplicada²⁹. Será neste sentido que deverá ser compreendido o dever constitucional de fundamentar. Desta monta, perceptível é que em absoluto se poderá conceber que qualquer conteúdo se preste a efetivamente fundamentar as decisões judiciais. Fora neste sentido, conforme compreendemos, que intentou, o legislador, idealizar parâmetros segundo os quais não se poderiam considerar fundamentadas determinadas decisões judiciais³⁰.

Consciente, todavia, de que mesmo tendo estipulado vasto rol de exemplos a serem tomados como espécies de carências de fundamentação decisional, poderiam ainda haver deslizes por parte do magistrado, especialmente porque a ruptura paradigmática fora não somente abrupta como severa (ainda que viesse se anunciando ao longo dos tempos), desenvolveu ainda, o legislador pátrio, mecanismos aptos a controlar, senão que combater os aludidos desvios. Neste sentido, segue expressamente positivado o cabimento dos famigerados embargos de declaração para fins de atacar a referida eventual ausência de devida fundamentação. Veja-se.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
 II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
 Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:
 I - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.³¹

O art. 489, §1º recém mencionado no dispositivo transcrito acima refere-se justamente às hipóteses de consideração das decisões judiciais como não fundamentadas. Neste sentido, é de se concluir pelo cabimento dos embargos de declaração para fins de requerer seja sanado o vício identificado na decisão toda vez que corresponda ao rol elencado no recém citado artigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁹ Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (...) no plano de uma argumentação racional... se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível que funciona no plano lógico-apofântico). Afinal, se interpretar é explicitar compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica. STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 410 e 411.

³⁰ Art. 489. (...)§ 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 precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³¹ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Percebe-se que com o advento do novo código de processo civil, as mais modernas construções teóricas puderam efetivamente integrar o antes obsoleto sistema normativo brasileiro, de sorte a, dentre outros, como já referido, intentar blindar o Estado e seus agentes no uso arbitrário de poder. Neste sentido, diversas ferramentas aqui brevemente relatadas foram postas à disposição dos jurisdicionados para fins de garantir seja o seu conflito e os direitos a ele atinentes, efetivados em plena consonância com os ditames constitucionais. Se de um lado não há mais qualquer escusa capaz de possibilitar ao magistrado decidir segundo suas convicções particulares, não raro ignorando o ordenamento a que deve, paradoxalmente, respeitar e fazer cumprir, de outro, novos instrumentos foram postos nas mãos dos demais agentes, o que, conjuntamente à ideia de redistribuição da responsabilidade pelo alcance da justiça, nos incumbe modificar a mentalidade para, proativamente, contribuirmos com o avanço “justo e efetivo” do Direito processual do país.

REFERÊNCIAS [deve aparecer em página separada]

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

NERY, Carmen Lígia. **Decisão Judicial e Discricionariedade**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Dissertação de Mestrado em direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2007, p. 195, disponível em <www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf> acesso em 31 de julho de 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lênio Luiz, et. al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Lênio Luiz.; FERRAJOLI, Luigi; et. al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

_____, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

_____, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.