



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**FLÁVIO ANDRÉ ALVES BRITTO**

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DOS PRECEDENTES: CONTRIBUIÇÕES  
DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NO  
DIREITO**

**CAMPINA GRANDE – PB  
2015**

**FLÁVIO ANDRÉ ALVES BRITTO**

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DOS PRECEDENTES: CONTRIBUIÇÕES  
DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NO  
DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva

**CAMPINA GRANDE – PB  
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

B862p Britto, Flávio André Alves.  
Por uma teoria da decisão judicial e dos precedentes  
[manuscrito] : contribuições da hermenêutica filosófica à busca  
pela resposta correta no direito / Flavio Andre Alves Britto. -  
2015.  
32 p.  
  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2015.  
"Orientação: Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva,  
Departamento de Direito Público".  
  
1. Hermenêutica filosófica. 2. Teoria da decisão judicial. 3.  
Teoria dos precedentes judiciais. I. Título.  
21. ed. CDD 340.11


FLÁVIO ANDRE ALVES BRITTO

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DOS PRECEDENTES: CONTRIBUIÇÕES  
DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NO  
DIREITO**


Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao Curso de Bacharelado em Direito da  
Universidade Estadual da Paraíba, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Aprovada em 29/06/2015.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira  
(CCJ/UEPB)



Profa. Ms. Maria Cezilene Araujo de Moraes  
(CCJ/UEPB)

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus. Pelo fôlego de vida que me dá oportunidade, dia após dia, em me reinventar, mas, sempre, prosseguindo em conhecê-lo.

À minha família. Meus pais, Lúcio e Roseane, por todo sacrifício diário que me possibilitaram chegar onde estou, principalmente, no que sou. Minha irmã Flávia, a “eterna galeguinha” que tenho todo zelo e cuidado. Minha irmã Nani (*in memoriam*), que apesar de estar em um plano distante, é presente, em meu coração, e na minha forma peculiar de compreender o mundo.

À minha namorada Aluska Kallyne, por toda cumplicidade e carinho. Por me ajudar a entender que o tempo é muito mais que o movimento dos ponteiros do relógio.

Aos amigos de turma, Jéssica, Bárbara, Marília, Laise, Eric, Jáder, Heli, Vinícius, Arthur. Pessoas que admiro e desejo todo sucesso e realização.

Se as coisas são inatingíveis... Ora!  
Não é motivo para não querê-las.  
Que tristes os caminhos, se não  
fora. A presença distante das  
estrelas. (Das Utopias. Mário  
Quintana).

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DOS PRECEDENTES: CONTRIBUIÇÕES  
DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA À BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NO  
DIREITO<sup>1</sup>.**

BRITTO, Flávio André Alves<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo pretende abordar, em linhas gerais, alguns processos fundamentais da hermenêutica filosófica de Gadamer, numa tentativa de esboçar uma teoria da decisão judicial (e dos precedentes judiciais), bem como oferecer substrato teórico-filosófico que permita compreender o ato de julgar e o fenômeno da commonlização à brasileira, a partir de interessantes previsões no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), como a concretização do direito à fundamentação detalhada das decisões judiciais e o princípio da não-surpresa. Para problematizá-las, busca-se compreender que só é possível falarmos em resposta correta em direito, se nos obrigarmos ao esforço hermenêutico de destacar a pergunta para qual aquela se tornou a resposta; e que não se pode considerar a mesma resposta às novas perguntas. A resposta correta, à luz da hermenêutica filosófica, parte-se da premissa de que a verdade (ou a resposta jurisdicional adequada) deve ser sempre capturada de forma participada (princípio do contraditório) e experienciada (à luz do caso concreto), na construção narrativa do direito.

**Palavras-chave:** hermenêutica filosófica; teoria da decisão judicial e teoria dos precedentes judiciais.

---

<sup>1</sup> O presente artigo corresponde ao trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

<sup>2</sup> Bacharel em História pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Graduando em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>Considerações iniciais.....</b>	<b>08</b>
<b>2</b>	<b>A filosofia no direito? Ou, o que a hermenêutica tem a dizer sobre a busca pela verdade?.....</b>	<b>09</b>
<b>3</b>	<b>O direito como aporia? Ou, porque perguntar é mais difícil que responder? .....Erro! Indicador não definido.</b>	<b>2</b>
<b>4</b>	<b>Compreender é sempre aplicar? Ou, como fundamentar hermeneuticamente decisões judiciais sem sequestrar o tempo? .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.9</b>
<b>5</b>	<b>E então, cada caso é um caso? Ou, como é possível falar sobre a resposta correta? ....</b>	<b>27</b>
<b>6</b>	<b>Considerações finais.....</b>	<b>29</b>
	<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>30</b>



## Considerações iniciais

Início o trabalho destacando uma imagem literária. Em *Os Bruzundangas* de Lima Barreto, há uma passagem um tanto sarcástica sobre a Constituição da Bruzundanga (uma alegoria do Brasil Republicano). Em meio à assembleia constituinte um deputado estabeleceu o seguinte artigo nas disposições gerais: *“Toda a vez que um artigo desta Constituição ferir os interesses de parentes de pessoas da ‘situação’ ou de membros dela, fica subentendido que ele não tem aplicação no caso”*.

A ironia de Lima Barreto, infelizmente, ainda continua atual. Isso porque, há uma tradição à brasileira de julgar conforme interesses. De tudo. Menos do próprio direito. E este, que nasceu para instrumentalizar a cidadania, é o meio de perpetuar o poder. Seja de quem for. A “situação” política, a “consciência do juiz”, a “vontade do legislador”, o “interesse público”, o “princípio da fulanização” e por aí vai, são os interesses que transformam o direito em algo sem sentido, seja de significação ou de direção.

O que significa, portanto, o ato de julgar? Há parâmetros ou limites às decisões judiciais? Decidir pode ser uma escolha moral dos juízes? Qual a dimensão da responsabilidade política dos juízes? É possível dizer, amparando-se no ordenamento jurídico, que uma decisão judicial é legítima, e ao mesmo tempo, incorreta? Aliás, em tempos de pós-modernidade, há um porto seguro para a segurança jurídica ou o relativismo reina em absoluto?

A importância do tema proposto está no fato de ainda buscarmos respostas a tais indagações. Inclusive, o valor do debate reside nas questões que propõem, do contrário, restaria inútil qualquer postura de conversação e compromisso com a verdade. Neste sentido, o presente trabalho se alinha às possibilidades de construção de teoria(s) sobre a decisão judicial (e dos precedentes judiciais), particularmente, a partir da matriz da hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, esculpida em sua obra “Verdade e Método”.

Não há pretensão em exaurir as propostas, mas contribuir para uma reflexão, questionando, principalmente, o senso comum dos juristas sobre o tema da decisão judicial. Além do mais, trabalharemos duas inovações da Lei 13.105/2015

(Novo Código de Processo Civil) que permitem a abertura para essa construção: a fundamentação detalhada das decisões judiciais (art. 489, § 1º) e o princípio da não-surpresa (art. 10).

No mais, é certo que não se chegará à perfeição. Procura-se, ao menos, um consenso. E que encontremos as respostas as nossas presentes indagações, para que novas perguntas sejam colocadas de forma inovadora e, assim, não deixemos de prosseguir em (epistemologicamente) caminhar.

### **A filosofia *no* direito? Ou, o quê a hermenêutica tem a dizer sobre a busca pela verdade?**

A fronteira entre jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica é bastante tênue, e merece menos conceituá-los distintamente do que perceber seus papéis convergentes na construção do direito. Refletir sobre esta relação é partir da premissa de que somente podemos entender o direito enquanto prática, e não como um dado naturalístico coercitivo. Se considerarmos que o direito não existe até que se tenha jurisdição (ou melhor, até que se fale adequadamente sobre ele) a que se concordar que dizer o direito é antes de tudo interpretar.

Entretanto, é preciso questionar se o direito é apenas mera reprodução daquilo que os juízes/tribunais dizem, resumindo-se a um catálogo jurisprudencial, descontextualizado do caso concreto. Longe disso, *os precedentes (...) devem funcionar tão somente como possibilidades analógicas (e nunca vinculantes) para as novas decisões, pois, por óbvio, nenhum evento pode ser exatamente igual a outro*<sup>3</sup>. Uma importante reflexão que possibilita desmitificar este mito jurídico da subsunção do texto jurídico<sup>4</sup> está em relacionar a hermenêutica jurídica à hermenêutica filosófica que, diga-se de passagem, é uma das pontes que permite um estudo da filosofia *no* direito e não apenas *do* direito.

---

<sup>3</sup> SAUSEN, Dalton. **A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jan-Mar. V. 78. N.1. Ano XXIX. 2011.

<sup>4</sup> Neste artigo, a expressão “texto jurídico” será entendida como lei, precedente, súmula, ementa jurisprudencial ou qualquer ato normativo abstrato que se utilize como parâmetro para fundamentar uma decisão judicial.

É prudente antecipar que este diálogo que se pretende fazer entre Filosofia e Direito não reduz a uma discussão puramente teórica, distante da efervescência prático-social. Ao contrário, conduz a problematizar conscientemente o próprio papel da jurisdição em sua capacidade produtiva e de mudança da realidade. Essa demanda por uma mudança de mundo, remonta à famosa sentença de Marx, *os filósofos não fizeram mais que interpretar o mundo de forma diferente, importa transformá-lo*<sup>5</sup>. No entanto, como enfatiza Heidegger, a XI Tese de Feuerbach negligencia que toda mudança pressupõe uma concepção de mundo que só pode ser obtida por meio da interpretação deste próprio mundo<sup>6</sup>, ou seja, interpretar já é em si um ato que possibilita/condiciona a revolução/mudança. Dizer o direito é, portanto, desconstruí-lo sem descaracterizá-lo; produzir o novo no mesmo passo de correspondência ao velho. Para que se possa transformá-lo, é necessário compreender sua própria concepção, bem como a abertura de mundo que se realiza, e isso, já se torna possível por meio da interpretação.

Como consequência, será inevitável propor contornos sobre o que é o direito, tendo em vista que não é uma ciência de enquadramento banal, mas uma “ciência de inquietude”, pois o seu material (humano) é profundamente dialético. Talvez essa seja a grande peculiaridade das ciências do espírito: ter a si próprio como objeto e estudá-lo em constante movimento. E essa relação do homem com o seu objeto (que é ele mesmo) justifica a independência metodológica das ciências humanas. Não obstante, esse incessante movimento não significa que interpretar o direito é dizer qualquer coisa ou legitimar o puro relativismo. Antes, é mediar textos (jurídicos) para traduzir o mundo que se descortina (caso concreto).

É justamente nessa superação de qualquer relativismo que se insere o debate da hermenêutica. De antemão, faz-se necessário afastar equívocos sobre o termo, tendo em conta que, não raramente, lhe é atribuído a ideia de um espaço intelectual e cultural onde não há verdade(s), considerando a máxima nietzschiana de que *não há fatos, só interpretações*<sup>7</sup>. Todavia, como bem nos adverte Jean Grondin, a hermenêutica sempre almejou ser uma doutrina da verdade no campo da interpretação, preocupando-

---

<sup>5</sup> MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. Tese XI. Trad. Castro e Costa, L. C. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>6</sup> De camino al pensamiento. Produção: Nesker-Produktion. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=ZSXzFKPuDLc> > Acesso em 17.04.2015.

<sup>7</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Nº 280.

se em *propor caminhos a fim de combater o subjetivismo e os abusos de interpretações*<sup>8</sup>. Seria, pois, um contrassenso afirmar que a hermenêutica volta-se à arbitrariedade e ao relativismo. E se não há verdade ou se ela é inalcançável, devemos admitir que o direito é apenas decisionismo? Creio que não.

A hermenêutica, portanto, tem a vocação à verdade<sup>9</sup>. A verdade, como descreve Gadamer, *é da variedade hermenêutica com sua capacidade de surpreender e frustrar expectativas, ao invés de passivamente confirmá-las. A verdade é revelação, aquilo que se manifesta no encontro entre o familiar e o desconhecido*<sup>10</sup>. O caráter essencial da experiência hermenêutica é sua primazia pela não-repetitividade, sua maneira única e irreverente de frustrar os padrões de certeza. *É com o desejo de assimilar ou entender a novidade, de acordo com aquilo que já foi experienciado, que a verdade adota essa dimensão hermenêutica*<sup>11</sup>.

Por isso, o tratamento de Gadamer com a verdade (que para este trabalho será sinônimo de *a* resposta judicial adequada ou *a* resposta correta) é bastante peculiar, justamente pelo fato de refutar a tese de que a experiência é sempre algo já previamente dado e que deve ser apenas (re)confirmado, ou seja, de que o método possibilita o alcance da verdade. De fato, aquele obstrui ou nos desvia do encontro com esta. Se se dispuser a falar sobre a verdade (resposta correta), é de se encarar, de antemão, que ela não pode se capturada dentro de uma estrutura teórica, através de uma espécie de manual de instrução, mas deve ser encontrada de forma participada ou experienciada, aberta ao inesperado ou inusitado.

A dialética da experiência obtém sua experiência em abrir-se as novas possibilidades e não na realização plena num conhecimento definitivo e acabado. Por esse motivo, é de se dizer que a sabedoria não está na confirmação das coisas pelo acúmulo de conhecimento, *mais sim na exposição à experiência que se tornou possível através da própria experiência*<sup>12</sup>. Portanto, se se quiser uma teoria da decisão judicial hermeneuticamente adequada, é necessário ter em mente que o texto jurídico jamais

---

<sup>8</sup> GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012. p. 10-11.

<sup>9</sup> Para compreender a história da hermenêutica e sua vocação à verdade: Cf. PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70. 1989.

<sup>10</sup> LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007. p. 86.

<sup>11</sup> Idem, p. 87.

<sup>12</sup> Idem, p. 89.

antecipará os casos futuros, muito menos, estes traduzirão a representação de um caso à parte, disperso do todo jurídico. É no círculo hermenêutico entre as partes e o todo que a narrativa do direito se tornará compreensível.

Construir uma teoria da decisão judicial (e teoria dos precedentes judiciais) é relevante, pois a norma jurídica criada diante do caso concreto pode funcionar como indício a ser invocado como precedente judicial em outras situações, até porque este já se tornou *uma realidade a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à tradição do civil law (...), quer vinculado à tradição do common law. A diferença, na verdade, está no grau de autoridade (eficácia) que possui*<sup>13</sup>.

### **O direito como aporia? Ou, porque perguntar é mais difícil que responder?**

A ideia de que tudo é interpretação, pode levar à equivocada conclusão de que buscar respostas corretas no direito é uma tarefa impraticável. Entretanto, a existência de respostas corretas no campo do Direito é um dos debates atuais mais controversos. Isso porque o positivismo apostou na discricionariedade judicial (dentro de alguns parâmetros gerais), legitimando a decisão judicial como ato de vontade do intérprete, enquanto algumas teorias pós-positivistas sustentam que há respostas corretas e erradas às questões jurídicas (dentre elas a *one right answer* de Dworkin e à proposição de correção de Habermas) sem recair no voluntarismo judicial.

---

<sup>13</sup> DIDIER, Freddie. Teoria do Precedente. In: **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 7ª Edição. 2012. Editora Juspodivm. p. 390. A esse respeito, Marinoni faz um estudo bastante interessante, ressaltando que, apesar do *civil law* e do *common law* surgirem de circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, há uma aproximação possível entre tais tradições. Isso porque, *o papel do atual juiz do civil law e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos juízes de ambos os sistemas, apenas o common law devota respeito aos precedentes. A ingênua pretensão, advinda da Revolução Francesa, de que o juiz não poderia interpretar as leis (juiz “boca da lei”) ou que a lei era suficiente para garantir a segurança jurídica, impediu que se desenvolvesse um respeito aos precedentes. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes*, afirma Marinoni. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49. p. 11-58, 2009.

Neste artigo, a partir da hermenêutica filosófica, busca-se estabelecer uma possibilidade peculiar de encontro com respostas corretas em direito, mas, especificamente, na direção do que Streck denomina de “a resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”: nem a única nem uma entre várias possíveis<sup>14</sup>. Procura-se demonstrar como a interpretação do direito é incompatível com as múltiplas respostas, cujas consequências nefastas são a discricionariedade, arbitrariedades e decisionismos. E essa é a vulgata da decisão judicial no Brasil: utiliza-se qualquer decisão para decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa. E aí o direito acaba sendo essa “coisificação de qualquer coisa”. Algumas alterações do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) conduzem à busca pela adequada do fundamental, tarefa que somente será compreendida se for capaz de abrir caminhos em direção a uma teoria da decisão judicial.

No paradigma hermenêutico, a aplicação de um texto jurídico é uma resposta a uma pergunta e essa resposta não pode ser resposta a outra nova pergunta emergida, e só pode ser compreendida a partir da pergunta para qual ela é a resposta<sup>15</sup>. Sendo mais claro, a busca pela resposta correta necessariamente é destacar a pergunta para qual aquela veio a ser aplicada, de modo a resgatar a historicidade que há no precedente judicial, possibilitando que se estabeleçam indícios para que as próximas respostas aos casos futuros sejam apresentadas de forma sempre encadeada, coerente e íntegra ao direito até então produzido. Em outras palavras, a busca pela resposta adequada é indubitavelmente a busca pela pergunta correta.

A lógica da pergunta, segundo Gadamer, encontra respaldo na *docta ignorantia* socrática do saber que não se sabe, responsável por abrir a verdadeira superioridade da pergunta na negatividade extrema da aporia. Isso significa que a experiência hermenêutica tem como pressuposto a estrutura da pergunta e, se quisermos esclarecer o modo como se realiza a aplicação dos precedentes é necessário aprofundar-se na essência do perguntar que, conseqüentemente, será o ponto de partida para encontrar uma resposta adequada ao caso que se apresenta.

---

<sup>14</sup> Essa tese de Streck sobre a resposta correta, a partir da hermenêutica filosófica, também denominada Crítica Hermenêutica do Direito, é exhaustivamente discutida na obra Verdade e Consenso, principalmente no capítulo 11. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.

<sup>15</sup> Cf. RAMIRES, Maurício. **A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica**. São Leopoldo, UNISINOS, 2009 (Dissertação de Mestrado).

Para alcançar o êxito que se espera, é essencial que toda pergunta tenha um sentido, uma orientação que é a direção para qual a resposta se torna adequada e, igualmente, com sentido. Para Gadamer, *com a pergunta, o interrogado é colocado sob uma determinada perspectiva* e o fato de surgir *uma pergunta rompe igualmente o ser do interrogado*<sup>16</sup>. A pergunta, então, tem a função de abertura que é implícita à experiência hermenêutica. Caso surjam novas perguntas, as respostas anteriores são apenas referências, mas jamais poderão ser a resposta que se procura encontrar, pois *todo saber passa pela pergunta e perguntar quer dizer colocar no aberto*<sup>17</sup>. No entanto, considerar a abertura do interrogado não quer dizer que não existam respostas, mas que estas não estão fixadas, prontas, acabadas ou dispostas aí ao intérprete. Daí o porquê da dificuldade (e até vulgaridade) na aplicação de precedentes: o déficit cognitivo do perguntar fragiliza a busca pela resposta correta/adequada ao caso presente e é por isso que *perguntar é mais difícil que responder*<sup>18</sup>.

Aqui se enxerga com mais facilidade a crítica que a hermenêutica filosófica tece ao método científico (leia-se cartesiano), pois se perguntar é querer saber um saber que não se sabe e sua função é abrir-se a experiência hermenêutica, interrogando constantemente o *ser*, como criar um método capaz de nos ensinar a perguntar e a ver o que é questionável? É impossível instituir um manual que instrua a fazer perguntas corretas/orientadas<sup>19</sup>. Caso contrário, estar-se-ia a afirmar que poderíamos antecipar o que é imprevisível ou o que ainda não nos foi apresentado/experimentado. É justamente o perguntar (pressuposto do saber que não se sabe) que conduz a uma pergunta determinada (ou a faz surgir) e essa atividade não pode ser prognosticada pelo método.

Sendo assim, só podemos falar de algo correto, a partir da correspondência à orientação traçada pela pergunta que se fez. Esta, por sua vez, tem a função de limitar o campo da resposta, desautorizando uma aplicação desordeira do direito. O processo hermenêutico se evidencia *quando observamos que existe dentro da*

---

<sup>16</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 534.

<sup>17</sup> Idem, p. 535.

<sup>18</sup> Idem. p. 534.

<sup>19</sup> Com bem aponta Palmer, Gadamer não se preocupou em formular princípios interpretativos corretos, antes esclarecer como se dá o fenômeno da compreensão. Isto não significa que negue a importância daqueles, mas que sua atenção está numa questão preliminar e fundamental: *como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humano sobre o mundo?* (PALMER, 1989, p. 168).

*própria pergunta um pensamento dialético, em que, ao mesmo tempo, ela pressupõe uma abertura, mas também apresenta uma limitação*<sup>20</sup>. Se o saber/conhecimento tem como caminho a decisão de qual é a pergunta, então há que se concordar que o direito é a construção incessante de perguntas aos casos passados (limitação), mas sempre dirigidos/norteados pelos problemas surgidos no caso presente (abertura).

Para ilustrar a lógica da pergunta e da resposta, na construção de uma teoria da decisão judicial e dos precedentes, calha abordar dois importantes casos de supostos crimes de preconceito de raça e de cor, envolvendo a circulação de livros literários, apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, aferindo, por meio de perguntas orientadas, a distinção ou não entre eles. Com isso, busca-se também alertar para que não haja uma tendência do Judiciário em analisar o conteúdo de obras literárias de qualquer maneira, como se fosse uma espécie de *index* da liberdade de expressão ou como arautos-bombeiros de Fahrenheit 451.

Primeiramente, vejamos o precedente conhecido como “Caso Ellwanger”. Em 2004, no Habeas Corpus 82424/RS, o Supremo Tribunal Federal condenou Siegfried Ellwanger, escritor e editor, por crime de racismo, ao publicar, vender e distribuir material anti-semita. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, o STF concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação, obtendo o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos<sup>21</sup>.

Em apertada síntese, para o STF, escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra determinada raça (no caso, à comunidade judaica), constituiria crime de racismo, com base na art. 20, §2º da Lei 7716/89<sup>22</sup>, sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e

---

<sup>20</sup> SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Editora Del Rey, 2006. p. 94.

<sup>21</sup> Acesso em 29 de maio de 2015:

[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms) >

<sup>22</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.



imprescritibilidade (art. 5º, XLII da Constituição Federal). Esta, portanto, é a ementa do julgado que se tornou paradigma em casos referentes sobre o direito de liberdade de expressão, disseminado por meio da literatura, e o objetivo da República em promover o bem de todos, indistintamente, sem preconceitos de cunho racistas.

Noutro giro, abordemos o “Caso Lobato”. Em 2014, o Ministro Luiz Fux negou seguimento ao Mandado de Segurança 30952, em que o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA) pedia anulação de Parecer do Conselho Nacional de Educação (CNE) que teria liberado o livro “As Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, cujo conteúdo faria “referências ao negro com estereótipos fortemente carregados de elementos racistas”<sup>23</sup>.

É certo que o Ministro reconheceu a incompetência da Suprema Corte em apreciar Mandado de Segurança contra ato de Ministro de Estado, mas, em um esforço hipotético, suponhamos que o Supremo tivesse que apreciar o mérito, não apenas da inserção de notas explicativas sobre o preconceito racial na obra de Lobato, mas também sobre o pedido da proibição de circulação da obra, tanto nas escolas públicas como nas livrarias do país, baseando-se no precedente do “Caso Ellwanger”. Seria possível proibir a circulação de “Caçadas de Pedrinho” de Monteiro Lobato amparando-se no precedente do “Caso Ellwanger”?

De início, é perceptível que o “Caso Lobato” (nos moldes aqui apresentado) se molda a ementa proposta no julgamento do “Caso Ellwanger”, destacada anteriormente, além de, aparentemente, se enquadrar no art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89. A identificação entre os casos parece ser evidente, pois se tratam de obras consideradas racistas, cuja circulação poderia ser proibida por disseminar ódio e preconceito em nossa sociedade. Entretanto, o “Caso Ellwanger” possuiu uma pergunta própria para o alcance de sua decisão, a saber: o fato de Ellwanger editar, exclusivamente, livros próprios, além de obras consagradas de tendência nazista, seria determinante a caracterizar o crime de racismo?

Essa pergunta chamou bastante à atenção dos Ministros, pois não se poderia abrir um precedente na Corte, considerando crime, a reedição de obras que se encontrem em bibliotecas e no comércio de livros. Perceba que a editora de Ellwanger

---

<sup>23</sup> Acesso em 29 de maio de 2015

< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282504> >

também editava livros consagrados como, para destacar somente um exemplo, a obra “História Secreta do Brasil” de Gustavo Barroso (membro da Academia Brasileira de Letras), em que se ataca o capitalismo judaico, mas não foi isso que determino à conclusão pelo racismo. Ou seja, o caso não foi analisado sob a perspectiva da reedição dos livros, mas por se tratar de uma editora que se dedicava a publicar livros próprios e de obras consagradas com intuito exclusivo de difundir livros hostis à comunidade judaica.

Se a questão fosse colocada no caso hipotético aqui proposto, seria necessária uma análise diversa. Isso porque, apesar do “Caso Lobato” se enquadrar na ementa do julgamento “Ellwanger”, as peculiaridades deste não estão dispostas naquela, o que, aparentemente, aproximaria à conclusão de ambos os casos. Até porque, como considerar crime de racismo, o fato de passagens dos livros de Monteiro Lobato (da década de 30 do século passado) fazer referência à negra Tia Nastácia distante do moderno politicamente correto? Caso contrário, lancemos mais da metade da literatura brasileira na fogueira. Eis a barbárie.

É preciso esclarecer que o objetivo em apontar os dois casos foi, tão-somente, destacar que o “Caso Ellwanger” responde a uma pergunta que lhe era própria e que não é suficiente para responder as perguntas advindas do “Caso Lobato”, em que pese cumprir a literalidade tanto da ementa do julgamento como do art. 20, § 2, da Lei 7.716/89. Desta maneira, abordar como aplicar um precedente requer a (de)limitação da pergunta para qual a resposta judicial foi tida como satisfeita. De certa forma, essa postura de deslocamento ao precedente indica que o ato interpretativo já possui *um quê* antecipatório da compreensão. E essa estrutura prévia que nos permite compreender é denominada de pré-compreensão: o cerne do problema hermenêutico filosófico.

Este caráter essencialmente preconceituoso<sup>24</sup> da compreensão pode ser vislumbrado, no âmbito do Direito, como um precedente (pré-decisão jurídica), endereçada não só pelas anteriores jurisprudências, mas, sobretudo, pela reflexão

---

<sup>24</sup> O conceito de preconceito a que se refere Gadamer, não significa um falso juízo do indivíduo, mas a realidade histórica do ser. Pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. Os preconceitos, então, são condição da compreensão, pois não se pode separar sujeito e objeto, como afirmava o historicismo do século XIX. Esse foi o legado equivocado do Iluminismo que desconsiderar os preconceitos como condição de possibilidade à compreensão. O ser, enquanto constituído de temporalidade, inserido num momento histórico, não pode se furtar deste pertencimento ao seu tempo. É justamente este pertencer que faz com que suas possibilidades partam dos preconceitos que o cercam. A tarefa da hermenêutica é por à prova nossos preconceitos, afastando aqueles que servem ao mal entendimento daqueles que são a possibilidade para a própria compreensão.

doutrinária sobre determinadas questões. A antecipação de sentido não é algo subjetivo, criado aleatoriamente pelo intérprete (como se fosse possível partir de um grau zero da interpretação), haja vista à comunhão que o une com a tradição (jurídica) que nos transmite algo. Ou seja, o juiz não é um “cientista neutro”, capaz de afastar-se do objeto que lhe está adiante para se chegar a uma conclusão, muito menos, um déspota esclarecido que institui, absolutamente, seus próprios ideais.

Essa característica conservadora da hermenêutica jurídica não impede por completo as mudanças históricas (dialética), mas diz algo sobre nosso comportamento em relação ao passado, que constantemente estamos confirmando ou refutando (por isso a XI tese de Feuerbach é equivocada). À vista disso, observar um precedente não é aplicá-lo cegamente, mas pô-lo à prova, confirmá-lo, afastá-lo, pergunta-lo. Dito de outro modo, a pré-compreensão é o elo que permite a comunicação entre o texto (precedente) e o intérprete; quer dizer que aquele para ser compreendido pressupõe deste uma familiaridade quanto aos conceitos, ideias e expressões utilizadas. Caso não houvesse elementos semânticos, simbólicos e temporais em um precedente, ele nos seria incompreensível e não poderíamos sequer aplica-lo.

Pode-se vislumbrar, então, nos princípios da dogmática e da jurisprudência, limites a uma arbitrariedade judicial, tendo em vista que, no processo jurídico-decisório, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios (pré-compreensão) que possibilita alcançar algumas conclusões com um mínimo de previsibilidade. Este caráter de controle e previsibilidade é uma característica que faz diferenciar a hermenêutica jurídica dos demais campos hermenêuticos<sup>25</sup>, confrontando a ideia reducionista de que hermenêutica é relativista, pois a pré-compreensão já se torna um limite (temporal).

Deste modo, a pré-compreensão constitucional - formada pela dogmática, jurisprudência e teoria constitucional - é a batuta que rege o compasso da interpretação jurídica, e é, justamente nela, que identificamos a atual crise do Direito. A *cultura jurídica standard* é resultado de um comportamento acríptico dos cursos jurídicos que

---

<sup>25</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-60. Semelhantemente, J. J. Gomes Canotilho afirma que a teoria da constituição não se limita à tarefa de investigação ou descoberta dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elemento concretizador das normas da Lei Fundamental, antes, servindo também, para racionalizar e controlar a pré-compreensão constitucional. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 26.

acaba desencadeando na vida prática (dos juízes, dos Tribunais, do Ministério Público,...) uma uniformização do sentido - “establishment jurídico” - engessando a compreensão do direito<sup>26</sup>. Este déficit de pré-compreensão, tornando inviável o círculo hermenêutico, é característico da incapacidade em não saber perguntar ou indagar-se de forma descontextualizada. Por esse motivo, a Lei 13.105/2015 tem um papel simbólico para que se desenvolva uma teoria da decisão judicial que propicie a “quebra” com este passado jurídico de vulgarização dos precedentes.

O que se pretende demonstrar é que a pré-compreensão guarda em si as perguntas até então colocadas pela tradição jurídica, e as respostas anteriores são pois, limites para semelhantes perguntas, ao mesmo passo, abertura para as novas perguntas suscitadas no caso presente. Daí porque, o respeito à tradição jurídica (coerência e integridade) jamais será um conservadorismo inflexível, mas tampouco será relativismo sobre tudo e todos. A decisão judicial e o uso de precedentes só podem ser entendidos a partir de sua aplicação. Isso implica que a decisão de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema é um esforço do qual não se pode fugir<sup>27</sup>.

### **Compreender é sempre aplicar? Ou, como fundamentar *hermeneuticamente* decisões judiciais sem sequestrar o tempo?**

Fundamentar validamente um precedente não é apenas explicar a decisão, apontando que se aplica ou não a norma ‘x’, sem justificar a escolha. A menção isolada de verbetes jurisprudenciais é fundamentação deficiente tão quanto à menção de texto de lei. A preocupação que se expõe aqui advém da percepção de uma cultura jurídica pós-moderna onde se procura fundamentar decisões (ou, no caso das partes, em influenciar as decisões) procurando palavras-chaves na rede mundial de computadores (principalmente agora em que os tribunais vêm disponibilizando um banco de dados de

---

<sup>26</sup> Para Streck, a dogmática jurídica ainda segue o modelo cartesiano, onde o sujeito observa o mundo de forma objetivável e descritível, a partir de seu *cogito*, usando como instrumento de acesso a este mundo, a linguagem jurídica (terceira coisa entre o sujeito e o objeto). Na perspectiva da Nova Crítica do Direito, o ser no mundo (ser-aí) só compreende através de sua historicidade e facticidade. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>27</sup> STRECK, 2012. p. 328.

suas jurisprudências). Note-se: a tecnologia é importantíssima para o acesso à informação dos precedentes, mas não é por meio dela que encontraremos as respostas que buscamos. Ela estará na mediação entre o precedente e o caso presente, a partir das perguntas do *ser pensante*.

Não se pode conceber a postura de que o mundo prático sempre estará encerrado nos discursos de fundamentação prévia (lei, súmula, ementa, precedente, etc.). Ora, *não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção*<sup>28</sup>. A velha regra de que o direito é subsunção dos fatos à norma deve ser vista de forma cautelosa, pois não deve ser entendida como igualação entre texto e seu sentido. Sobre isso, Gadamer adverte que a lei é sempre deficiente, *não porque o seja em si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas*<sup>29</sup>.

O sentido proposto por Gadamer do que seja compreensão não pode ser jamais dissociado de sua aplicação, porque compreender é sempre um encontro consigo mesmo, em suas circunstâncias, e uma aplicação de sentido a uma situação presente. Como frisa Jean Grondin, *nós já nos levamos conosco para dentro de cada compreensão*<sup>30</sup>, em outras palavras, não há uma compreensão em sentido puro e previamente dado à aplicação aos nossos questionamentos. O significado das coisas, isto é, a compreensão, é um processo unitário que engloba a aplicação de perguntas orientadas e uma interpretação realizada do mundo. Portanto, compreender, aplicar e interpretar é um só ato, daí dizer que compreender não é algo meramente reprodutivo, mas, sobretudo, produtivo.

Entender um texto jurídico é traduzi-lo para nossa situação presente, buscando nele uma resposta para aos nossos questionamentos. Ou seja, fora das perguntas, não há compreensão. É aqui que a lógica da pergunta e da resposta se comunica com a hermenêutica da aplicação, pois *entender algo significa ter aplicado algo a nós, de tal maneira que nós descobrimos nisto uma resposta a nossas*

---

<sup>28</sup> Gadamer, 2002, p. 490.

<sup>29</sup> Idem; p. 474.

<sup>30</sup> GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo. Ed. UNISINOS, 1999, p. 193.

*interrogações*<sup>31</sup>. Visualizando dessa maneira, é perceptível perceber que há uma distinção entre o texto e o sentido que lhe é atribuído, pois aquele, apesar de ser o mesmo, possui sentidos que variam com o tempo e por meio as perguntas que lhe são direcionadas.

Não há dúvidas que o déficit de fundamentação das decisões judiciais, a partir dos precedentes, revela a recorrente desconsideração (e desconhecimento) sobre a diferença (ontológica) entre texto e norma<sup>32</sup>. Isso porque, ainda insiste-se em formular normas gerais que se acoplam aos casos particulares, como se estes estivessem eternamente reféns a subsunção. Ora, não há uma cisão entre texto e norma (o que autorizaria um subjetivismo judicial), mas tampouco existe uma identificação (formalismo objetivista). *Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo*<sup>33</sup>.

O texto (leia-se aqui o precedente) só pode ser compreendido na norma (sentido que se atribui), e a norma só será compreendida a partir desse texto. Dessa forma, é impossível que os sentidos estejam acoplados nos textos (lei ou precedente). Eles (os sentidos) são atribuídos a partir da facticidade em que está inserido o intérprete, respeitando os limites do próprio texto que sempre deve nos dizer algo. Essa distinção (diferença ontológica) não é algo realizado por alguém, mas nós é que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença. *A diferença não é algo que se faça, mas algo que se apresenta aí, que se abre como um abismo*<sup>34</sup>. Daí a insistência em apontar que a fundamentação judicial, a partir de um precedente, não se justifica distante da facticidade do caso presente, pois é este que traz à tona as novas perguntas que deverão suscitar novas respostas adequadas. Percebe-se que aplicar corretamente os precedentes é, sobretudo, falar no direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

---

<sup>31</sup> Idem; p. 194.

<sup>32</sup> Para Gadamer, o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário. Daí porque não é sustentável que se distinga métodos de interpretação (teleológica, gramatical, histórica...), já que se trata de um fenômeno unitário. [...] *isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, que também nelas um texto só é compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar* (GADAMER, p. 461).

<sup>33</sup> Streck, 2012, p. 336.

<sup>34</sup> O termo heideggeriano “diferença ontológica” é bem trabalhado em: Cf. GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica e diferença ontológica*. In: **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 70.

Refutar esta diferença ontológica é descaracterizar a peculiaridade das ciências do espírito, tornando-nos resultado de uma explicação puramente causal. Aqui reside o grande traço do problema hermenêutico das ciências do espírito: somos parte daquilo que buscamos compreender. Por isso, a aplicação no sentido proposto por Gadamer não consiste em relacionar simplesmente algo geral prévio com uma situação particular, como se no ato de subsunção fosse possível a resolução dos conflitos sociais. O intérprete, confrontado com sua tradição, procura aplicar o texto em sua situação hermenêutica concreta.

É oportuno colocar um questionamento: se não há pretensão de abstração e generalidade na resolução de um caso específico, como poderá se dar uma resposta aos casos subsequentes? Perceba que se um caso foi decidido como foi, assim o foi por determinadas razões, e estas possuem história (Gadamer chama de “história efetual”): tem respaldo no passado e projeção no futuro. Assim sendo, a decisão anterior será o indício da resposta ao novo caso.

É preciso a compreensão de que *um precedente (súmula ou acórdão que exprima a posição majoritária) é também um texto, ao qual deve ser atribuído sentido, a partir do caso concreto sob análise*<sup>35</sup>. É a especificidade que faz surgir o caso concreto, diferenciando (ontologicamente) das decisões pretéritas, ao mesmo passo que guarda consigo o núcleo decisório destas (DNA do direito).

Diz-se assim, porque *interpretar é explicitar a compreensão, o fundamento das proposições jurídicas*<sup>36</sup>. Quanto mais dizemos o que a coisa é, mas há compreensão; compreender é entender-se na coisa. Por isso que a resposta hermenêuticamente adequada exsurge no caso concreto (da coisa mesma), dado que as palavras se relacionam com as coisas através do revolvimento do chão linguístico do caso. Dito de outro modo, *a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar*<sup>37</sup>.

A fundamentação detalhada das decisões judiciais, prevista no art. 489, § 1º da Lei 13.105/2015 é, sem dúvida, uma das mais importantes inovações no Novo

---

<sup>35</sup> STRECK, 2012; p. 368.

<sup>36</sup> Idem; p. 356.

<sup>37</sup> Idem; p. 364.

Código de Processo Civil. Neste dispositivo, o legislador optou por concretizar o direito à fundamentação das decisões judiciais, disposto no art. 93, IX da Constituição Federal. Várias foram as críticas ao dispositivo do Código, principalmente por considerarem uma restrição ao conceito de fundamentação, como se houvesse uma interferência entre os Poderes (legislativo e judiciário)<sup>38</sup>.

Mas, veja-se: o direito à fundamentação das decisões judiciais não é um direito do magistrado, mas do cidadão que deve ter uma resposta adequada do Judiciário. Não se quer uma resposta judicial rápida e, ao mesmo tempo, deficiente, mas sim, ela deve ser proferida dentro de um prazo razoável e coerente com o direito. É interessante também destacar que o dispositivo inicia prevendo que *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que, ou seja, não dispõe sobre o que o juiz deve pôr na decisão, mas sim, apontar quais modelos de decisões que não devem ser consideradas adequadamente fundamentadas.*

Como se percebe, há uma definição pelo negativo, pormenorizando critérios mínimos para se conceber uma decisão judicial fundamentada. Não há, portanto, nenhuma tentativa de engessamento do Judiciário, tampouco ingerência na independência funcional dos juízes. Até porque se assumirmos o compromisso de concretizar os princípios constitucionais, daremos conta de que não há nada de novo. É preocupante se dar conta que foi necessário alterar o Código para que se pense de forma constitucional.

Na sequência, o art. 489, §1º trata de várias garantias do jurisdicionado para que se tenha uma sentença justa e fundamentada. Destaca-se, logo de início que a sentença não estará fundamentada *se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida* (inciso I) ou *se invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão* (inciso V) ou *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* (inciso VI). A vedação de decisões que apenas indiquem os atos normativos, precedentes ou súmulas sem explicar a relação entre o texto e o caso desmistifica a ideia, ainda permeada no imaginário dos juristas, de que os textos

---

<sup>38</sup> Entidades da magistratura encaminharam à Presidente Dilma Rousseff vários ofícios solicitando vetos aos dispositivos do Novo Código. Ver: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao> > Acesso em 17.04.2015.



jurídicos são suficientes para solucionar conflitos. É um atraso epistemológico inconcebível que num Estado de Direito ainda tenhamos decisões do tipo: “julgo improcedente a antecipação da tutela, por não se preencher os requisitos da verossimilhança das alegações e do perigo da demora” ou “segundo a jurisprudência dominante deste tribunal, afasto a pretensão do impetrante”, como se as leis ou os precedentes por si só resolvessem os casos por simples ato de subsunção. Não adianta iludir-se que os textos (lei, precedentes, súmulas, etc.) são instrumentos eficazes de conter as excessivas demandas do Judiciário, pois é na mediação entre texto e intérprete, na justificação entre a relação de causa e efeito de cada argumento, que se tornará possível a resposta ao caso em questão.

Isso porque, o juiz quando evoca o precedente deve tomar primeiramente conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgamento pretérito, e posteriormente, compará-los, identificá-los ou distingui-los. Tais incisos nos permitem concluir que não há distinção entre questão de fato e questão de direito, pois só se compreende o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido (exigência hermenêutica gadameriana). *A tarefa da decisão ética é encontrar o que é adequado na situação concreta, isto é, ver concretamente o que nela é correto e lançar-se a ela*<sup>39</sup>. O precedente transmitido jamais é algo dado ou compreendido como algo geral que pode ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. O esforço hermenêutico é compreender o que diz a tradição (jurídica) e o que faz sentido ao caso concreto, e assim, não há como ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual o intérprete se encontra. Se se quer entender o que é uma lei ou precedente, não há como desobrigar-se de relacioná-lo com essa situação concreta.

No mesmo sentido, a sentença não estará fundamentada se *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso* (incisos II) ou *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão* (inciso III). Tais impedimentos garantem que o juiz ou tribunal não utilizem conceitos com sentidos plurais de forma descontextualizada. Por exemplo, a aplicar o princípio da proporcionalidade ou da dignidade da pessoa humana sem, contudo, explicar a relação entre o alcance de sentido proposto no caso concreto. Os referidos princípios não nos dizem absolutamente nada se não o concretizarmos na situação de

---

<sup>39</sup> GADAMER, 2012, p. 471.

fato. No mesmo passo, não se devem utilizar motivos que podem, igualmente, podem conduzir a conclusões excludentes.

Aqui cabe uma advertência: gadameriamente falando, *o ser que pode ser entendido é linguagem*. Esse é um dos *slogans* de Verdade e Método que, não poucas vezes, é entendido de forma equivocada, acusado de idealismo linguístico, como se a linguagem fosse divinamente um poder além da subjetividade humana. Dito de outro modo, a afirmação de Gadamer significa dizer que é através da linguagem que conseguimos entender o *ser*, sugerindo que *todas as nossas apropriações do ser, na realidade tudo que fazemos e tomamos conhecimento é linguagem. A linguagem está em todas as partes e domina completamente nossa visão de mundo*<sup>40</sup>. Dessa forma, se nossa compreensão é mediada pela linguagem, como identificar as coisas sem relacioná-las às palavras? Como individualizar o *ser* a partir de conceitos permeados de vários sentidos? Ou utilizar fundamentos que nos levariam a “n” caminhos? Qual a segurança jurídica desse tipo de decisão?

Retornando a lógica da pergunta e da resposta, é a linguagem que interroga o *ser* que faz surgir novas perguntas de novas demandas que atraem novas respostas. A linguagem esclarece o que é o ser e muitos dos seus aspectos, tornando-o compreensível à consciência humana. *O ser é sempre ir além da nossa habilidade de expressá-lo, não somente porque a linguagem é limitada, mas também porque o ser é revelado e oculto pela linguagem*<sup>41</sup>.

A comunicação pretendida no processo judicial não é uma pura transmissão de dados e informações, sugere aquilo que é compartilhada e mantido em um lugar comum. Por isso dizer que somente compreendemos o mundo por meio da linguagem. Conceitos jurídicos indeterminados, princípios, precedentes, súmulas jamais poderão incidir sobre o caso concreto sem a conexão por meio da explicação/justificação que se dá através da linguagem. Esta é a virada linguística que se espera realizar no âmbito do direito. E aqui o direito à fundamentação das decisões judiciais ganha mais plenitude.

Por fim, a sentença não estará fundamentada se o julgador *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão*

---

<sup>40</sup> LAWN, 2007, p. 112.

<sup>41</sup> Idem, p. 113.

*adotada pelo julgador* (inciso IV). Neste sentido, o direito do cidadão deve ser concretizado a partir das razões que são levadas por ele, caso contrário, estar-se-ia a negar o acesso à ordem jurídica e justa. Os argumentos trazidos ao processo são decisivos para a compreensão do *ser* em sua facticidade. O direito à fundamentação, entendido dessa forma, deriva do princípio do contraditório. E mais: é a mesma direção do art. 10 do NCPC que prevê que *o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Conforme Gilmar Mendes, o direito a defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, *no direito alemão essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar*<sup>42</sup>. O juiz deve considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas e esta obrigação deriva do dever de fundamentar as decisões. O princípio do contraditório é visto como *direito de participação na construção da norma jurídica*<sup>43</sup>.

Tais previsões na Lei 13.105/2015 foram criticadas por Associações de Magistrados, sob o argumento de que seria uma “utopia totalitária”<sup>44</sup>. É claro que não se busca transformar a decisão judicial em uma espécie de questionário sem fim, mas concretizar do direito do cidadão em conhecer as razões do indeferimento de seu pedido. A “motivação implícita”, defendida por muitos juízes, está a contrapelo do discurso constitucional, pois apenas permite ao cidadão conhecer o que foi rejeitado, sem, contudo, ter conhecimento das justificativas que levaram a decisão ser de tal modo.

Ao mesmo passo que acolhe as razões do vencedor, o juiz deve afirmar as razões pelas quais afasta a interpretação da parte sucumbente. Esta tarefa hermenêutica consiste em levar com profundidade este diálogo/conversação, posto que *requer não abafar o outro com argumentos, mas, pelo contrário, sopesar realmente o peso objetivo da opinião contrária. Por isso, é uma arte do ir experimentando*<sup>45</sup>. Esse

---

<sup>42</sup> STF. Mandado de Segurança 24268/MG. Relatora originária da Ministra Ellen Gracie. Relator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. 05.02.2004.

<sup>43</sup> DIDIER, 2012, p. 399.

<sup>44</sup> Acesso em 05.06.2015 < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra> >

<sup>45</sup> GADAMER, 2002, p. 541.

“ir experimentando” é justamente a arte de perguntar, de pôr em aberto às possibilidades, conduzindo uma autêntica conversação.

A decisão judicial como conversação é semelhante à reflexão feita por Paul Ricoeur sobre o ato de julgar (separar, traçar uma linha entre o que é *teu e meu*) como ato de reconhecimento. Segundo o filósofo francês:

(...) o acto de julgar atingiu o seu objectivo quando aquele que, como dizemos, ganhou o seu processo se sente ainda capaz de dizer: o meu adversário, aquele que perdeu, mantém-se, assim como eu, um sujeito de direito; a sua causa merecia ser escutada. Ele tinha argumentos plausíveis e estes foram escutados. Mas o reconhecimento só seria completo se a coisa pudesse ser dita por aquele que perdeu, aquele a quem ainda não demos razão, o condenado; ele devia poder declarar que a sentença que não lhe deu razão não foi um acto de violência mas de reconhecimento<sup>46</sup>.

O ato de reconhecimento só é possível quando a parte, mesmo que sucumbente, teve seus argumentos considerados pelo juiz. Vê-se que o conhecimento da *coisa* requer não apenas julgar corretamente, mas excluir, ao mesmo tempo e, justificadamente, os argumentos contrários, considerados incorretos. *Saber*, diz Gadamer, *quer dizer sempre: entrar ao mesmo tempo no contrário (...) e as perguntas compreendem sempre a oposição do sim e do não, do assim e do diverso*<sup>47</sup>. Cada parte tem suas indagações, e cada uma destas precisam ser enfrentadas, caso contrário, o *ser* não será totalmente interrogado. O saber dialético, portanto, deve ter como objeto esta oposição entre o “assim e o diverso”. Esse esquema de cooperação e de reconhecimento é imprescindível para que o processo seja cada vez mais democrático, aberto a facticidade do caso concreto.

**E então, cada caso é um caso? Ou, ainda é possível falar em respostas corretas em direito?**

---

<sup>46</sup> RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget. 1995. p. 168.

<sup>47</sup> GADAMER, 2002, p. 538.

A divisão do artigo, feita por meio de perguntas, não foi colocada por acaso. É que se compartilha da perspectiva de que o saber pressupõe o não saber e as respostas só podem ser ditas se antes colocarmos nossas perguntas. Se cada caso discutido em juízo é irrepetível (ou se Heráclito estiver certo sobre a assertiva de que *ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio*), há a resposta para cada caso. Entretanto, dizer que cada caso é um caso não passa de sutil falácia. Há aqui uma distinção fundamental entre positivismo e a hermenêutica filosófica pelo que se entende por “caso concreto”.

Isso porque, a interpretação nunca surge do nada, e não há um grau zero da qual ela possa partir. Tampouco o caso concreto está à mercê do decisionismo judicial. Cada resposta é diferente da anterior na medida em que surge o até então não-dito ou “o “ainda não compreendido”, ou seja, quanto mais especificar o caso, mais se colocaram perguntas que demandaram novas respostas. Para Streck, a tesa da *única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado (...) portanto, não será a única resposta; será, sim “a” resposta*<sup>48</sup>. É a tese da única resposta que aposta nos discursos de fundamentação prévia e enfraquece o direito.

A tese aqui fundamentada na hermenêutica admite que se encontre sempre a resposta: nem única nem uma entre várias possíveis. *Nem a única*, porque não se pode generalizar o que é particular, tampouco se pode admitir que idênticas respostas solucionassem perguntas diferentes. *Nem várias possíveis*, porque não se admite o relativismo ou a arbitrariedade dos sentidos, muito menos, que a resposta judicial seja deslocada da orientação da pergunta formulada. Trata-se da resposta correta que exsurge na situação hermenêutica do intérprete, imiscuído em suas pré-compreensões, constantemente interrogando o *ser*. Em outras palavras, *a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar*<sup>49</sup>.

O caso concreto, portanto, se distancia de múltiplas respostas, uma vez que estas só podem ser possíveis em abstrato. *O caso (que é, e somente pode ser, concreto) demandará somente uma resposta (que é a resposta)*<sup>50</sup>. No direito brasileiro,

---

<sup>48</sup> STRECK, 2012, p. 362.

<sup>49</sup> Idem, p. 364.

<sup>50</sup> Idem, p. 366.

“o caso concreto” assumiu a prática de decisionismo ou desconstrutivismo, onde decorre uma abertura de sentido que destrói o logos, *perdem-se os “compromissos de sentido” derivados da pré-compreensão e da tradição*<sup>51</sup>. E aí, o judiciário se tornou uma “loteria da verdade”, onde todos se arriscam sem um mínimo de previsibilidade. A possibilidade de se obter respostas corretas não está na vinculação dos precedentes judiciais (ou até naqueles que são apenas persuasivos), mas sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na aplicação. A compreensão correta está em compreender a coisa na coisa mesma.

### **Considerações finais**

Didaticamente, em 10 (dez) pontos e 1 (uma) esperança, destaco o que considero pertinente no presente trabalho:

Dez pontos:

1. a hermenêutica filosófica é um caminho epistemológico por onde se pode estabelecer um diálogo consistente entre filosofia e direito, transpondo este à clivagem da linguagem por qual passou as ciências do espírito no século XX;
2. a vocação hermenêutica pela verdade e sua fuga do relativismo, permite ao direito à busca por respostas corretas (ou decisões constitucionalmente adequadas);
3. toda resposta (judicial) só pode ser compreendida a partir da orientação de uma pergunta (surgida no caso concreto) que possui uma função dupla: abertura e limitação;
4. a busca pela verdade ou pela resposta correta é uma experiência aberta ao inesperado;
5. o ato de perguntar torna o caso singular, e o questionamento é uma arte compartilhada entre todos os sujeitos processuais;
6. a pré-compreensão hermenêutica garante não apenas a possibilidade à compreensão, mas condiciona o direito em sua previsibilidade;
7. compreender um caso é a maneira peculiar de aplicar o texto a uma situação presente, pois nenhum texto jurídico (lei, precedente, súmula, acórdãos jurisprudenciais) capturam absolutamente os sentidos;

---

<sup>51</sup> Idem, p. 367.

8. o texto só é compreendido na norma, e norma só pode ser compreendida a partir desse texto, pois os sentidos são atribuídos a partir da facticidade do intérprete, dentre dos limites do próprio texto;

9. a aplicação do direito (que faz da sentença a resposta adequada ao caso concreto) requer um aprofundamento sobre as especificidades do caso presente através do horizonte do perguntar;

10. fundamentar hermeneuticamente a decisão judicial é favorecer uma “dialética dos contrários”, pondo à prova todos os argumentos (perguntas) dos sujeitos processuais, portanto, o ato de julgar deve ser um ato de reconhecimento de cada argumento é levado em conta.

Uma esperança:

1. que a Lei 13.105/2015 seja um marco simbólico da relação entre o processo e a constituição, principalmente a partir do núcleo decisório instituído pelo art. 489, § 1º (fundamentação da decisão judicial) e art. 10 (princípio da não-surpresa), transformando a decisão judicial numa postura de responsabilidade política e democrática e sempre atenta a atualidade do acontecer.

## ABSTRACT

### **THEORY OF JUDICIAL DECISION AND PRECEDENTS: CONTRIBUTIONS OF PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS TO SEARCH FOR PROPER ANSWER IN LAW**

**ABSTRACT:** This article aims to address, in general, some fundamental processes of philosophical hermeneutics of Gadamer, in an attempt to sketch a theory of judicial decision (and judicial precedents), as well as offering theoretical and philosophical basis in order to understand the act of judging and the phenomenon of the Brazilian "commonlization" from interesting predictions in the New Civil Process Code (Law 13.105/2015), as the realization of the right to the detailed reasoning of court decisions and the principle of non-surprise. To problematize them, necessary is to understand that is only possible to make a proper answer in law, by using hermeneutic effort to highlight the question to which that has become the answer; and that it can not be the same answer to new questions. The proper answer, in the light of philosophical hermeneutics, starts from the premise that the truth (or the appropriate judicial answer) should always be captured in a participatory way (principle of contradictory) and experienced (in the light of the case), in law's narrative construction.

Keywords: philosophical hermeneutics; theory of judicial decision and theory of judicial precedents.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIDIER, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 7ª Edição. 2012. Editora Juspodivm.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n. 49. p. 11-58, 2009.

MARX, Karl. **Teses sobre Feuerbach**. Tese XI. Trad. Castro e Costa, L. C. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Nº 280.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70. 1989.

\_\_\_\_\_. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo. Ed. UNISINOS, 1999.

RAMIRES, Maurício. **A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e *commow law* no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica**. São Leopoldo, UNISINOS, 2009 (Dissertação de Mestrado).



RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget. 1995.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. **Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito**. Editora Del Rey, 2006.

SAUSEN, Dalton. **A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jan-Mar. V. 78. N.1. Ano XXIX. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.