Elpídio Paiva Luz Segundo
Bruno Cavalcanti Angelin Mendes
Organizadores

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

DIÁLOGOS SINO-LUSO-BRASILEIROS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO LUIZ STRECK

2019

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

A LUTA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO CONTRA O SOLIPSISMO JUDICIAL

Lenio Luiz Streck

INTRODUÇÃO

Com este breve ensaio, pretendo apresentar um panorama da luta da Crítica Hermenêutica do Direito contra o solipsismo judicial. Para tanto, procederei da seguinte maneira: 1) explicarei o que é a Crítica Hermenêutica do Direito; 2) aprofundarei minha explicação quanto ao "solipsismo judicial"; 3) na parte central desse texto, aplicarei essas bases teóricas à análise do CPC/2015; 3.1) logo na sequência, discutirei a resistência da comunidade jurídica a certos pontos do novo código; 4) por fim, esboçarei algumas notas sobre os novos desafios da luta contra o solipsismo, dando atenção especial à crise política que assola o país e ao acirramento do debate público em torno de temas jurídicos.

1. O QUE É A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma escola de pensamento jurídico que criei ao longo dos últimos vinte anos atuando como jurista, pesquisador e professor. Ao mesmo tempo em que é teoria, gerando um quadro referencial próprio e baseando pesquisas, é também prática, articulada à cotidianidade do fórum e às questões sociais[1].

1. Veja-se sua "obra de base": STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

O impulso para essa crítica vem da recepção dos paradigmas filosóficos pela dogmática e pela teoria do Direito, desnaturalizando ideias assentadas no senso comum. Mais especificamente, ligada à tradição hermenêutica inaugurada por Heidegger e Gadamer, a CHD retoma a primazia da compreensão sobre os conceitos, sistemas, métodos, procedimentos etc. Sem se perder nessas objetificações ingênuas, mas também sem recuar para o subjetivismo, o paradigma hermenêutico coloca a verdade como algo que se dá na intersubjetividade.

Desse modo, podemos ver que a hermenêutica se coloca onde não temos mais as essências, nem a consciência como fundamento último, mas aquilo que se dá na fluidez da própria história e da dialogicidade. Nas palavras insistentemente repetidas por Ernildo Stein, a hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as cadeiras do objetivismo e do subjetivismo. Vemos também que não é relativismo, nem uma verdade absoluta, fora do tempo e do mundo. É, sim, uma verdade que se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem, em que as convicções subjetivistas são constrangidas.

À essa base se incorporaram, na CHD, elementos do interpretativismo de Ronald Dworkin[2], na medida em que comungam da aposta nas verdades interpretativas e, portanto, do combate à discricionariedade judicial. Dworkin mostrou como há padrões normativos operando para além do que os modelos positivistas conseguem perceber, e que constrangem a decisão do juiz. Assim, passei a desenvolver uma leitura antropofágica de algumas teses dworkinianas, a partir do contexto brasileiro e dessa base hermenêutico-filosófica.

É sob esses pressupostos que a CHD repensa o fenômeno jurídico em suas várias expressões, seja a doutrina, o ensino jurídico, a legislação, a prática judicial e etc.

2. O SOLIPSISMO JUDICIAL

Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o

2. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Assim, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo[3].

O sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar (o lugar da fala autorizada, em que quem possui o *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Ilíada* ou com a posse da concha, no livro *The Lord of Flies*). Eis o delicado lugar do juiz, cuja fala se reveste de poder coercitivo.

Também é importante perceber que um retorno ao objetivismo não resolve o problema colocado. Para além de suas insuficiências filosóficas, sua invocação no direito traz sempre um apelo aos poderes de quem "descobre" o tal objeto. Pensemos aqui na "verdade real", utilizada por alguns juristas como álibi para exercerem seus subjetivismos.

Diante disso, múltiplas teorias contemporâneas do direito vêm buscando formas de superar o sujeito solipsista, eliminando-o ou substituindo-o por estruturas comunicativas, redes ou sistemas. Algumas, de forma mais radical, aderem até mesmo a um realismo jurídico voluntarista (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas e os *Critical Legal Studies*). Contudo, pela chave de leitura apresentada pela hermenêutica, vê-se que terminam incidindo em novos relativismos ou absolutizações.

A Crítica Hermenêutica do Direito, por sua vez, procura estabelecer controles públicos ao solipsismo a partir da força da tradição e da comunidade de intérpretes. Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a leis democraticamente produzidas deem seu recado. E criemos condições para tanto.

---

3. STRECK, Lenio Luiz. Solipsismo. *Dicionário de Hermenêutica*: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

3. A LUTA DA CHD CONTRA O SOLIPSISMO JUDICIAL E OS EXEMPLOS PRIVILEGIADOS DO CPC/2015

O novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) é a primeira grande regulamentação brasileira sobre a matéria a ser aprovada em período democrático. Os códigos anteriores o foram em períodos de exceção (1939 e 1973).

Certamente, não é o Código perfeito. Por exemplo, positivou-se uma "coisa" chamada "colaboração processual", que, longe de ser um princípio, corre o risco de jogar o processo civil nos braços do antigo socialismo processual. Também há menção a uma vulgata de "ponderação" (art. 489, §2º). Mas mesmo assim, através do CPC/2015 foi possível realizar avanços significativos para a democratização do nosso sistema de justiça.

Sem prejuízo das muitas e valiosas colaborações dos demais colegas, peço licença para chamar atenção especial, neste momento, para uma mudança que me parece paradigmática e que foi viabilizada por uma série de artigos e colunas, em sugestão minha abraçada por outros colegas de academia e pela Relatoria do projeto na Câmara. Nesse ponto, o direito brasileiro vivenciou uma das principais rupturas com o solipsismo judicial ao excluir o livre convencimento do novo CPC.

Tradicionalmente, costuma-se supor que o tal "livre convencimento motivado" seria a melhor alternativa possível, entre a íntima convicção e as provas tarifadas. Uma "discricionariedade racionalizada". Mas aqui a tipificação dogmática não deixa ver um problema mais profundo, filosófico, de achar que até certo ponto o caso é fácil e se subsume à lei e, de repente, nas zonas de penumbra, temos que delegar a decisão à discricionariedade judicial. Pior do que isto, pois muitas vezes o tal livre convencimento motivado é só um álibi invocado para total discricionariedade, que não conhece limites nem nos casos fáceis em que Hart[4] se detinha. Ocorre que sempre há padrões normativos operando

4. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

na decisão judicial, como demonstrou Dworkin. E como venho dizendo: juiz decide, não escolhe.

Assim, a redação dada ao art. 131, atual art. 371, deixou de lado o "livremente" para qualificar como o juiz apreciará a prova. Também o artigo 380 do Projeto oriundo do Senado, que dizia que "A confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz", foi retirado. Some-se a isto outras alterações fundamentais para o estabelecimento de controles públicos sobre a decisão judicial: o art. 10, que ampliou o direito ao contraditório; o art. 489, que tratou de estabelecer critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial; e o art. 926, que trouxe o dever de coerência e integridade (emenda de inspiração dworkiniana, também proposta por mim).

Neste último caso, antes de "minha emenda", o projeto continha a obrigação de os tribunais manterem apenas a "estabilidade" da jurisprudência (artigo 882[5] do PLS 166/2010). Dizia eu: "Não basta a estabilidade. Precisamos mais". E propus a emenda.

Assim, haverá *coerência* se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da *força normativa* da Constituição. A *coerência* assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo. Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin[6]: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de

5. "Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: [...]" BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 166, de 2010*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249. Acesso em: 03 set. 2017.

6. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. Assim, colocam-se efetivos freios ao intérprete. A integridade é antitética ao solipsismo judicial, ao ativismo e à discricionariedade.

Algum afoito poderia me acusar de "dar nome novo a ideia velha". Não surpreenderão comentários de que a questão já se achava bem dimensionada nos termos de "segurança jurídica/certeza". Parecerá assim ao dogmaticismo ingênuo e raso, com o qual pretendemos romper. Ignora-se aí, nesse apego a categorias jurídicas pré-modernas, todo o contexto teórico metafísico (clássico) em que submergem a discussão doutrinária.

Sigo. Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora da comunidade em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é *a concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um "jogo limpo" (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo "seguindo minha consciência, decido de outro modo". O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também não pode o julgador quebrar a cadeia discursiva "porque quer".

Um exemplo parafraseado de Dworkin[7]: suponhamos que por algum tempo o judiciário vinha declarando que os membros de diversas profissões (médicos, engenheiros, dentistas) eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa

7. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.

envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a coerência deve ser quebrada pela integridade, passando também os advogados a responderem civilmente.

Enfim, por todas essas alterações referidas no CPC/2015, não pode o juiz ou tribunal fundamentar que a "decisão *x* foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento". Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que "julgou segundo sua consciência", uma vez que isso seria repristinar a expressão derrogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.

Isso também fará com que se altere, substancialmente, a jurisprudência sobre a "fundamentação nos embargos de declaração". Vedadas, portanto, decisões do tipo: "O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei (...) levando em conta sua livre convicção pessoal (Recurso Cível 5001367-22.2011.404.7119). Do mesmo modo, inadmissíveis de agora em diante decisões como esta: "O juiz, na linha de precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. *As razões de meu convencimento são suficientemente claras*. Rejeito os embargos".

O CPC/2015, ao retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido "não protagonista", afastando o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo "socialismo processual" (Büllow, Menger, Klein)[8]. Não se pode mais invocar, igualmente, o princípio (*sic*) da persuasão racional. O novo Código não compactua com essas visões ultrapassadas,

8. Para uma análise pormenorizada do socialismo processual: RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil*: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2016.

mesmo que venham com epítetos como "racional", etc. Trata-se de uma opção paradigmática feita pelo legislador.

Exemplo interessante que pode servir de indicativo da diferenciação entre o velho e o novo CPC: antes, poder-se-ia aceitar um julgado dando conta de que "oposta como defesa pelo réu a prescrição aquisitiva de imóvel urbano instituída na CF, o silêncio do autor sobre tais fatos não impede o juiz de dar-se por insatisfeito com a prova e rejeitar a pretensão, pois o CPC acolhe o princípio do livre convencimento (RSTJ 78/295; JSTJ 71/233). Ocorre que, com a nova redação, esse tipo de julgado afrontaria lei federal. Na verdade, é contra isso que o legislador resolveu mudar o papel do juiz.

Expungir a livre apreciação e/ou o livre convencimento é sepultar o que restou do socialismo processual do final do século XIX e início do século XX. Em uma democracia e com uma Constituição compromissória como a brasileira, não é possível pensar a figura do juiz como "acima das partes" ou o "guardião-da-parte-que-falhou".

Do mesmo modo, julgados (RT 500/180) assentando que o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado, podendo considerar a testemunha superior à escritura pública, deverão sofrer uma forte censura epistemológica por parte da doutrina. Isto é, poderá ocorrer uma hipótese em que a escritura valha menos que um depoimento testemunhal. Só que isso terá que ser demonstrado por uma fundamentação que, obviamente, não exsurge do livre convencimento do juiz.

3.1. Algumas resistências da comunidade jurídica

Em face de tudo que foi dito, muitos juristas compraram a briga contra a perigosa categoria do "livre convencimento". Outros não, infelizmente. Há julgados insistindo nele[9]. Apenas a título de ilustração, vejamos:

9. Vale referir aqui o trabalho da Iniciação Científica de Guilherme Augusto de Vargas Soares, membro do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, sob a orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Vem desenvolvendo uma pesquisa sobre como os tribunais estão

> *Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de provas suficientes para formação do seu convencimento.* (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 684319/MG, julgado 07.06.2016).
>
> *Cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.* (STJ, 2ª T., AgInt no AgRg no AREsp 833106/SC, julgado em 02/06/2016).
>
> *Em nosso sistema processual civil vigora o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo qual o juiz tem liberdade para valorar as provas produzidas, devendo expor, racionalmente, quais os motivos que o fizeram chegar àquela conclusão, na forma do disposto nos artigos 130 e 131 do CPC/73 e artigos 370 e 371 do NCPC.* (TJ/RJ, 20ª CC, 0008848-61.2002.8.19.0014 – Apelação julgada em 15.06.2016).

Incrível. E o acórdão cita o NCPC e o ignora. Ainda: *"Ademais, o juiz é o destinatário da prova, em decorrência do princípio do livre convencimento. Inteligência do art. 130 do CPC."* (TJ/RJ, 9ª CC, 0015106-38.2012.8.19.0208 – Apelação, julgado em 14.06.2016).

Também há doutrinadores insistindo que nada mudou nessa questão. Por exemplo, Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Arenhart:

> [...] o juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado ao seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração

---

aplicando o Código de Processo Civil/2015. (SOARES, G. A. V. Os entraves à efetividade do novo CPC: uma análise a partir da ótica da Crítica Hermenêutica do Direito. XXIII Mostra Unisinos de Iniciação Científica e Tecnológica. São Leopoldo: Casa Leiria, 2016. p. 966-967).

> motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova)[10].

Ora, se não há nenhum elemento que vincule o juiz no momento de apreciar provas, então como ele – juiz – pode compreender o que significa "prova"? Como ele poderia compreender o que é um processo judicial? Ou até o próprio Direito processual? Na verdade, se o processualista levasse a sério sua posição, os autores do enunciado nem sequer poderiam escrever sua própria obra, pois não estariam vinculados a nenhum elemento *a priori* que os faça compreender o que é um livro, um tema jurídico, e o próprio modelo de apreciação judicial de provas.

O problema da afirmação se assenta em dois pontos. O primeiro diz respeito a uma contradição entre assumir que o juiz aprecia livremente a prova, "sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*", determinando, contudo, que este indique os motivos que lhe formaram o convencimento. Ora, se não há elemento *a priori* que vincule o juiz, não há como exigir a indicação dos motivos. Se reconhecermos o dever de motivar a valoração, isto imporia certos constrangimentos ao juiz na hora de valorar a prova. Ademais, não são todos os motivos que são juridicamente válidos para justificar/legitimar uma avaliação judicial da prova, como o sorteio com uma roleta entre uma série de opções interpretativas, apoiar a versão do autor se o seu time de futebol ganhou (ou a do réu, se o time perdeu), entre muitas outras opções absurdas.

No mais, do ponto de vista filosófico (e não apenas daquele que tenho por mais correto, por uma série de motivos), é impossível que se trabalhe sem qualquer vinculação *a priori*. A partir da hermenêutica gadameriana[11], inspirada em Heidegger, por exemplo, não há como escapar do conjunto de pré-compreensões que a tradição nos lega. Esse tipo de tese sufragada por Gadamer

10. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.
11. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método.* 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2007.