

COLEÇÃO  
HERMENÊUTICA, TEORIA DO  
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

# TEORIA DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

Elementos para a compreensão de  
uma resposta adequada

Leonardo Zehuri Tovar

2ª Edição

2020

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

manuel Kant não assinala à linguagem uma função específica nos processos de conhecimento, a não ser como instrumento de designação de tais processos, transmitidos e regulados que são diretamente pelas condições *a priori* da razão. Isto porque as classes de juízos são o fio condutor que permitem a dedução transcendental das categorias do entendimento (princípios autoevidentes estabelecidos aprioristicamente). O *caráter auxiliar/subsidiário da linguagem*, nesse sentido, fica nítido em Kant, porque concebe as palavras como signos das representações, é dizer, meios sensíveis que vinculam conteúdos inteligíveis, os quais são os que representam verdadeiramente as coisas. *O signo limita-se a acompanhar o conceito como guardião, para reproduzir-lhe oportunamente, o que relega a linguagem a uma função auxiliar, uma vez que a função principal é reservada ao pensamento*<sup>50</sup>.

Portanto, o que se objetivou sintetizar aqui é que este conhecimento apriorístico e transcendental fixa a verdade no sujeito, de modo que este passa a ser considerado como fundamento último daquela. Um “eu” transcendental, entretanto, não é dotado de historicidade, algo que só vem a ser superado com o advento da filosofia hermenêutica, tratada no momento oportuno.

#### 1.4. A VONTADE DE PODER E SUA RELAÇÃO COM A SUBJETIVIDADE

Em Nietzsche, a expressão “vontade de poder” procura dar uma resposta à fundamental pergunta da filosofia acerca do que é o ente, apontando que, no fundo, todo ente é vontade de poder. Não faz, então, sentido que se promova um pensar direcionado às essências, mesmo porque se promove a relativização de valores, até então superiores e válidos.

Daí porque se diz que o niilismo nietzschiano é apresentado como um processo histórico em que a anulação e perda de domínio do supra sensível liberta o homem do pensar metafísico que

---

50. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 177.

o submete à sua “vontade de potência”, a qual, enquanto princípio que determina uma posição de valores, “não tolera nenhum outro fim a não ser o do ente em si mesmo. Ocorre que livre da verdade metafísica, o homem passa a ser jogado em um vácuo do universo que não faz e não detém sentido. São inexistentes as bases seguras para que se pense em realidade e em existência<sup>51</sup>. Esta última, aliás, uma definição manifesta da expressão niilismo<sup>52</sup>.

Vê-se uma nítida alteração de atitude, porquanto a filosofia não buscava as causas últimas do conhecimento. Ao contrário, constituiu-se em atividade que serve à ação, pois na medida em que seu sentido não era conferido *a priori*, sua construção ocorre a partir dos atos e das obras humanas. Um processo historicamente localizado e ininterrupto de determinação dos valores<sup>53</sup>.

Pois bem, observa-se que a subjetividade é açada ao ápice, pois com o fim da metafísica tudo passa a ser relativo, de maneira que pressupondo a morte da Divindade Cristã<sup>54</sup> e seus princípios.

- 
51. NIETZSCHE afirma que “O erro dos filósofos reside no fato de verem na lógica e nas categorias da razão, em vez de meios para acomodar o mundo para fins utilitários (portanto, em ‘princípio’, para uma falsificação útil) o ‘critério da verdade’, isto é, da realidade. O ‘critério da verdade’ era com efeito (sic) apenas a utilidade biológica de semelhante sistema de falsificação por princípio: e, aceitando-se que uma espécie animal não conheça mais nada de mais importante que conservar-se, ter-se-ia, com efeito, o direito de falar aqui de ‘verdade’. A ingenuidade consistia simplesmente em tomar a idiosincrasia antropocêntrica pela medida das coisas, como norma do ‘real’ e do ‘irreal’: em uma palavra, de tornar absoluta uma coisa que é condicionada. Eis que subitamente o mundo se separa em duas partes: ‘mundo-verdade’ e ‘mundo das aparências’: e este foi precisamente o mundo em que o homem imaginou, por sua razão, viver e instalar-se, que os filósofos empreendem desacreditar. Em vez de utilizar as formas como instrumentos para tornar o mundo manejável e determinável ao seu uso, a insânia dos filósofos quis descobrir que, atrás daquelas categorias, escondia-se a concepção daquele mundo, ao qual não corresponde o outro mundo, este em que vivemos...” (NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**: parte 2. Trad. Mário D. Ferreira Santos. São Paulo: Scala, 2006, p. 251-252).
52. FONSECA, Ângela Couto Machado. Em que medida também nós ainda somos devotos: uma leitura sobre a metafísica, niilismo e direito a partir de Nietzsche. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 50.
53. HUISMAN, Denis. **História do existencialismo**. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001. p. 30.
54. A morte de Deus é estabelecida na obra *Gaia ciência*, em especial no aforisma 125, de onde se extrai que o ‘insensato’ acende a lanterna, em meio à luz do dia e promove o anúncio da morte de Deus. Sob olhar de espanto de incautos, atira a lanterna no chão a apaga e afirma: “Chego cedo demais (...) o meu tempo ainda não chegou Esse acontecimento enorme está a caminho, e ainda não chegou aos ouvidos dos homens”.

Perceba-se que o falecimento de Deus não é tão-só do Deus-cristão. Esta morte representa o término da instância supra sensível que condiciona ideais, valores e fins que conferem sentido aos entes no mundo. O fundamento não mais funda<sup>55</sup>, e, por consequência, não há sentido em pensar essências, como já mencionado. Em outros termos, pode-se dizer que o homem se despede assim dos valores morais e regras estabelecidas por essas doutrinas. Passa o ente a ser construído segundo a chamada *vontade de poder*.

Heidegger prefere, todavia, a expressão ‘vontade de vontade’<sup>56</sup>, a qual significaria um puro querer, destituído de fundamentação. Ora, na esteira do fato de que não há seres eternos, os padrões históricos são relativos, ou seja, inexistente o justo ou o injusto, e mais: inexistente uma lei moral universal, uma vez que o homem passa a assujeitar a natureza, moldando-a a seus interesses.

A questão não diz respeito à indagação que diz respeito a “o que é isto? – o ser da coisa”, mas “como funciona este ser”. Logo, se com Aristóteles a verdade se encontrava presente na essência das coisas e se com Descartes ela é deslocada para consciência do sujeito pensante, com a ‘vontade de vontade’, a verdade passa a ser deliberada pela subjetividade-assujeitadora. É, pois, autoafirmada por quem detém poder para fazê-lo. Vontade de poder (vontade de vontade, como prefere Heidegger), para Nietzsche é comando, ou, como diz Vattimo:

Com efeito, poder não é outra coisa que a possibilidade de dispor de algo, isto é, possibilidade de querer. Querer o poder, significa querer sem querer. Há-de preferir-se “vontade de vontade”, porque faz ressaltar um aspecto decisivo da concepção nietzschiana do ser: que a vontade queria só querer

---

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia ciência**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 116.

55. VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 173.

56. “Na objetivação, o próprio homem e tudo o que é humano se transformam em mero fundo de reserva que, computado psicologicamente, é inserido no processo de trabalho da vontade de vontade” (HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche II**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 296).

significa que ela é puro querer sem algo “querido”; a vontade está só, não tem nenhum tero, para tender além de si própria. “Vontade de vontade” indica a total “falta de fundamentação” que caracteriza o ser no termo da metafísica<sup>57</sup>.

Nada é eterno e imutável, os padrões históricos, aliás, são caracterizados pela relatividade. Não se cogita de padrões fixos que, por exemplo, definam o que é justo ou injusto, mesmo porque inexistente uma lei moral universal.

Eis o ponto maior da metafísica: o niilismo. Um completo ocultamento do *ser*, portanto. Daí a conhecida frase, que critica o positivismo antigo de Comte, que pouca relação mantém com a atual linha de pensamento desta escola: “Contra o positivismo, que para perante os fenômenos e diz: ‘Há apenas fatos,’ eu digo: ‘Ao contrário, fatos é o que não há; há apenas interpretações<sup>58</sup>’”.

Especificamente sobre este ponto, em caráter conclusivo, destaca-se a lição de Lenio Streck que aduz que a partir da “vontade de poder” se formam correntes voluntaristas<sup>59</sup> no direito brasileiro, o que ao fim conferem discricionariedade (e porque não dizer, arbitrariedade) interpretativo-decisional, já que a definição do

---

57. VATTIMO, Gianni. **Introdução a heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 92.

58. NIETZSCHE, Friedrich. *The will to power*. Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale. New York: Vintage, 1968, p. 267.

59. Por sua vez, em caráter ilustrativo, contrapondo-se ao que disse Lenio Streck acerca do relativismo de posturas ditas pragmáticas, Bruno Torrano, sustenta que não há relativismo na hipótese: “O pragmatismo jurídico não é relativista. Pragmatistas acreditam que o conhecimento humano é, ao mesmo tempo, local e perspectivo, e que o significado de proposições depende de suas consequências práticas. Podem ser considerados anti-essencialistas, historicistas (segundo a máxima de Oliver Wendell Holmes: ‘A vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência’) e falibilistas. Não são, todavia, céticos ou relativistas em sentido forte: afirmações como ‘tudo é relativo’ ou ‘não existem verdades morais’ não fazem diferença prática, pois até mesmo céticos e relativistas radicais declinam agir nos termos de suas crenças céticas e relativistas – isto é, não são céticos quanto seus próprios ceticismos e não presumem que o relativismo vale apenas para si mesmos ou para a comunidade na qual se inserem. Mais do que isso, pragmatistas não negam que  $2 + 2 = 4$ , nem que a conclusão de silogismos é verdadeira se as premissas forem verdadeiras. De forma mais limitada, em decorrência de suspeitas quanto ao empreendimento metafísico, pragmatistas duvidam que alguém possa provar que o relativismo ou o ceticismo estão errados”. (TORRANO, Bruno. Richard Posner em: O que (não) é o pragmatismo jurídico. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 12 out. 2017).

caso concreto é extraída a partir da vontade daquele que detém poder para decidir<sup>60</sup>.

### 1.5. O CETICISMO FILOSÓFICO E A ACUSAÇÃO DE RELATIVISMO INTERPRETATIVO

Questão importante diz respeito à denúncia que se faz ao ceticismo filosófico como uma corrente que abarca a discricionariedade judicial, por ratificá-la. Afirma-se que esta discricionariedade advém de uma postura cética, precisamente porque o *cético* mantém dúvida quanto a tudo que não pode ser claramente provado através de um método científico. Isto, todavia, adiante-se, não pode ser objeto de generalizações, pois são vários os *ceticismos*.

Conquanto não seja o objetivo de traçar um paralelo sobre as diferentes posturas céticas, pode-se falar de um *lugar comum*, que seria uma negação geral à pretensão dogmática e à justificação transcendental que se formulam quanto aos homens e suas normas. O cético indaga, de uma maneira bastante característica, o motivo pelo qual sua dúvida acerca das coisas não é um princípio, muito pelo contrário, é o fim de seu questionamento. A dúvida se torna, portanto, o resultado de seu ceticismo.

O ceticismo, se mal compreendido e tendo em vista a eterna dúvida quanto às *verdades*, seria uma teoria que não se mostraria compatível com o arcabouço político e institucional brasileiro, uma vez que contaria com instrumentais teóricos limitados, que se atestam insuficientes na obtenção de respostas condizentes com principais problemas constitucionais hodiernos. Isto porque, antes de tudo os embates acerca do que é certo ou do que é errado

---

60. Confira a esse respeito, o trecho da obra de Lenio Streck: “... a vontade de poder, acabou por proporcionar e fundamentar toda sorte de pragmaticismos, *mormente na área do direito*, a partir dos diversos realismos jurídicos e as análises econômicas, sem desprezar o papel exercido pelo desconstrutivismo de autores como Derrida. (...) “a vontade do poder”, como determinou Nietzsche expressamente, é, em essência, comando”. *Trata-se, pois, de uma forma rebuscada de positivismo, uma vez que o direito passa a depender de discursos adjudicadores e do protagonismo do poder do intérprete*. Sob o pretexto da superação/morte do sujeito, passa-se ao protagonismo que a pragmática estabelece a cada (nova) decisão. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 180-181).

exercer outra prática funcionalmente equivalente tal como, por exemplo, o controle do comportamento (...) <sup>192</sup>. Isto porque:

A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito <sup>193</sup>.

Sem mais delongas, normas e valores possuem diferenças. As primeiras se encontram sujeitas ao código binário do proibido-permitido; obrigam seus respectivos destinatários de modo idêntico; os segundos, por sua vez, ligados que estão à uma ordem de preferência, significam percepções ligadas ao desejável e indesejável ou ao bom e ao ruim. Por tais diferenças existentes entre o sentido deontológico e o otimizável-valorativo é que se discerne aos princípios como ligados ao primeiro plano. E é ainda pelas mesmas razões que se completa que a afetividade, longe de ser um princípio, é um valor, pois, embora desejável que se alimente afeição por alguém, especialmente um familiar, tem-se aqui uma alusão ao justo e ao preferível e não ao que é ilícito do ponto de vista deontológico. Em conclusão: “(...) moralismos e outros quetais não são Direito. E nem constituem fontes de Direito. O Direito precisa resistir aos seus predadores! <sup>194</sup>”.

### **3.6. AS ESCOLHAS MORAIS E DECISÕES JUDICIAIS: A FUNDAMENTAÇÃO COMO CAMINHO PARA A BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS**

Mostrou-se inquietação, até aqui, com o fato de que as decisões judiciais não se confundem com um processo psicológico,

---

192. *Ibidem*, p. 237.

193. *Ibidem*, *ibidem*.

194. STRECK, Lenio Luiz. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>>. Acesso em 01 de jul. de 2017.

por meio do qual o julgador faz fluir suas afeições e primazias subjetivas, de maneira específica suas concepções morais. Parte-se da premissa de que ser permissivo com este ato de “escolha”, de “eleição de valores individuais”, confere espaço à arbitrariedade decisória.

Veja-se: sob o ensejo de ser “justo”, de proferir uma decisão “moralmente aceita”, o juiz deixaria de lado sua republicana função para se tornar um justiceiro, algo que destoa do Estado Democrático de Direito. É este “senso de justiça”, que via de regra torna evidente necessidade de adoção de uma “postura ativa” do magistrado. Cita-se como exemplo uma passagem doutrinária:

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em toro do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século SIX os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer ‘ex officio’ de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc<sup>195</sup> (...).

Mas esta postura poderia justificar, conquanto de modo oculto, a discricionariedade decisória e o conseqüente abrandamento do direito legislado. Eis a ameaça do “bom juiz”, não no sentido de compromissado com suas funções públicas, mas no pejorativo aspecto de magistrado que recai em relativismos axiológicos inescapáveis.

---

195. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 65.

Não há ganho democrático nisso! O juiz que crê ser justo e decide por valores individuais, olvida os demais poderes, trabalha com incertezas e com critérios não-dotados de normatividade. Afasta-se de paradigmas, porquanto acredita piamente poder “captar sentimentos comunitários-moralizantes”; é, todavia, vítima de sua própria atitude, pois torna o jurisdicionado refém de suas escolhas pessoais, conforme bem advertem Tribe e Dorf ao avaliarem a postura geral daqueles que menoscabam a força deontológico-normativa da Constituição: “Parece que entre os profissionais que analisam a Constituição passou a ser um hábito sobrepor suas visões prediletas ao que a Constituição realmente pretende fazer, e então varrer do texto todos os aspectos históricos e estruturais que não atendam ao plano desejado<sup>196</sup>”.

A lição de Montesquieu é antiga, entretanto atual, ao menos naquilo que delinea os riscos de uma imposição comportamental por parte do Poder Judiciário. Eis o trecho referenciado:

Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrários, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor<sup>197</sup>.

Importante que se veja a função judicante e, também, por correlato, o ato de decidir, como algo que traz consigo o compromisso público de prestar contas<sup>198</sup> ao Estado Democrático de

---

196. TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 26.

197. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

198. Streck afirma que este “prestar contas” não condiz com uma simples faculdade, na medida em que se trata de obrigação mínima, oriunda da responsabilidade política que julgador possui perante a sociedade: “‘Numa palavra: quando eu sustento o dever de ‘accountability’, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento, da livre apreciação da prova ou da admissão lato sensu da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. ‘Accountability’, nos moldes em que a proponho, quer dizer fundamentação da fundamentação. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o ‘dever de fundamentar as decisões’ resolve(ria) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-

Direito. Sendo discernida assim, a decisão poderá ser tida como fidedigna do ponto de vista jurídico e não de um intérprete detentor de autoridade decisória. Mas é bom que se alcance que fundamentar e meramente explicar são conceitos díspares, como lembra Maurício Ramires:

(...) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caos 'tal ou qual norma legal'. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. (...) Essa escolha 'livre' de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor,

---

-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, na compreensão, reside a 'razão hermenêutica', para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que 'interpretar é explicitar o compreendido'? Note-se: explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia na hermenêutica. Não esqueçamos, aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que 'separa' o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com 'capas argumentativas'. Ou seja, o juiz não deve 'explicar' aquilo que o 'convenceu'... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos 'dworkinianos', correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juizes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste ('fit') e a justificação ('justification') da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política". (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 431-432).

afirma as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente<sup>199</sup>.

Ora, tem-se aí a importância de se conhecer o que já se chamou de “revolução paradigmática”. Se paradigmas são horizontes de sentido de um contexto histórico e se eles servem para dirigir a práxis, pode-se sistematizar, em tom sintético, a questão do seguinte modo: (i) no paradigma do Estado Liberal, o magistrado pautava suas atividades decisórias de um modo mecânico; interpretar seria encontrar o sentido pré-existente de um texto normativo: um ato de conhecimento. Isto ocorria, como se viu, porque o direito era visto como um sistema unitário, completo e coerente, mas apenas de regras, de modo que a aplicação era um ato silogístico; (ii) no paradigma do Estado Social, ante a negativa do caráter cognitivo da aplicação do direito, deu-se uma liberdade ao magistrado e este passou a deter discricionariedade decisória, o que fora potencializado pela presença de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Um subjetivismo, que se assemelha ao realismo jurídico; é (iii) já no processo democrático do Estado Democrático de Direito, que o quadro se altera, como se observará, aqui, em tom preambular, e na última parte do trabalho com mais rigor.

Decidir carrega um dever: *accountability*, termo que se origina do estudo norte americano envolvendo a Administração – notadamente a pública –, e que significa “ser responsável” ou “ser responsabilizável” por ações, decisões e omissões<sup>200</sup>. A doutrina<sup>201</sup> afirma que o termo não possui tradução para várias línguas. Assevera também que, embora se trate de um conceito muito utilizado em estudos de ciência política, há problemas na formulação de um conceito que capte seus elementos e

---

199. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

200. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782013000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004)>. Acesso em: 02 de mai. de 2017.

201. SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing accountability*. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, pp. 13-28.

características de modo total. Por isso, pela complexidade da temática e do conceito, adverte-se que o termo é aqui utilizado no sentido que lhe deu o então Ministro da Suprema Corte Joaquim Barbosa:

Trata-se, como todos sabemos, da materialização da função de controle, ou seja, do princípio dos checks and balances, que constituem um dos elementos fundamentais da organização do Estado brasileiro, a tal ponto que o eventual descumprimento do dever de prestar contas no âmbito dos estados pode levar a União a decretar a mais grave das medidas cabíveis em um Estado federal: a intervenção federal (art. 34, VII, d, Constituição de 1988)<sup>202</sup>.

Em uma frase: Estado Democrático de Direito não coaduna com subjetivismos, muito menos com discricionariedade que descamba para arbítrio, advindo daí a necessidade de prestação de contas por parte do juiz. Decisão democrática, é decisão que se justifica perante as partes e perante o direito. Logo, a fundamentação da decisão judicial possui invariavelmente uma dimensão política, o que não significa que deverá ela estar lastreada em argumentos de política. Muito ao contrário, para fins de preservação da autonomia do direito, não há outro percurso senão aquele que prima pela integridade, cujo melhor conceito é extraído de Ronald Dworkin, na parte em que o autor promove distinção entre *policies* e *principles*:

Denomino ‘política’ que será ‘aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>203</sup>.

202. BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, MS 25181/05. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

203. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

Como bem leciona Dworkin, decisão deve se fundar em princípios, nunca em “moralismos”, políticas ou mesmo pragmatismos. É que, como bem se disse, a jurisdição no Estado Constitucional, para fins de legitimação, necessita de *accountability*, firmada sob as luzes da Constituição da República, a partir de fundamentação coerente, íntegra, alicerçada em boa doutrina e precedentes, pois só aí o poder será limitado, tudo na conformidade da conclusão extraída por Lenio Streck, quando comentou o art. 93, IX, do Texto Constitucional:

Assim, quando o texto constitucional determina no inciso IX do art. 93 que “todas as decisões devem ser fundamentadas” é o mesmo que dizer que o julgador deverá explicitar as razões pelas quais prolatou determinada decisão. Trata-se de um autêntico direito a uma *accountability* (...). Ou seja, essa determinação constitucional se transforma em um autêntico dever fundamental. (...)

De se consignar que, em uma democracia, é extremamente necessário que as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário possam demonstrar um mútuo comprometimento de modo a repetir os acertos do passado e corrigir, de forma fundamentada, os seus erros.

(...)

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice.

A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito<sup>204</sup>.

É diante de tal contexto que se afiança que para salvaguarda da democracia, o Poder Judiciário, como acentuado órgão que é,

---

204. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1324-1325.

no qual deságuam matérias distintas a partir do caráter dirigente de nossa Constituição e dos programas não praticados na sua plenitude, deve ratificar comprometimento com a fundamentação, reproduzindo os acertos do passado e ajustando, fundamentadamente, os equívocos. E, frise-se, a legitimidade da fundamentação (e da decisão), no predicado de direito fundamental (art. 93, IX, CF) deve ser íntegra e coerente, materializada pela tradição e filtrada por uma reconstrução linguística da história institucional de dada comunidade política<sup>205</sup>.

---

205. TOVAR, Leonardo Zehuri. Promessas da modernidade e ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 5, número especial, 2015, pp. 519-537.

para “satisfazer”, de forma utilitária, as necessidades “sociais”, de certos grupos, deixando de lado exatamente a parcela do Direito previsto na Constituição<sup>142</sup>.

Portanto, ainda com respaldo em Streck, se “hoje, diferentemente do que no século retrasado, o Direito é construído sob as bases de uma Constituição compromissória que consagra textualmente a cooriginariedade entre Direito e moral<sup>143</sup>”, a apregoadada adaptação do Direito defendida pelos adeptos do pragmatismo, não pode ser feita de maneira indiscriminada, quanto mais se em desrespeito à Constituição Federal, sob pena de serem feridas a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e de se descambar para o arbítrio<sup>144</sup>.

## 5.5. OS MODELOS DE JUIZ E O CPC/15: A POSTURA EXIGIDA NA BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS

Já se denunciou durante várias passagens que a crise do positivismo jurídico, nas suas mais diferentes vertentes, pressupõe debates acerca das transformações na própria concepção da lei e principalmente sobre a vinculação do juiz a ela. Outras correntes de pensamento foram, como se sabe, abordadas, dentre as quais o direito como integridade de Dworkin e a própria Crítica Hermenêutica do Direito de Streck.

---

142. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 224-225.

143. Idem, p. 226.

144. Lenio Streck é incisivo ao colocar posturas realistas, tal como é o caso do pragmatismo, com adversárias da hermenêutica e da busca por respostas constitucionalmente adequadas: “Seja qual for a matriz adotada, trata-se de uma tese inquestionavelmente anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do Direito. É, ademais, um pensamento que não procede à necessária reconstrução da integridade (respeito à tradição autêntica) do Direito aplicável. Para seus adeptos, o ‘caso concreto’ acaba se transformando em alibi para prática de decisionismos e arbitrariedades por parte de juízes e tribunais, ou seja, pensa-se no caso concreto como um passaporte para um ‘mundo de natureza hermenêutica’, no qual cada um possui o seu próprio ‘território’ de sentidos”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 247-248).

O que fica, seja lá qual corrente for adotada, para ser clareado é: há um modelo de juiz compatível com o Estado Democrático de Direito? Esta resposta já foi por vezes fornecida, mas vale a pena clarear. As concepções fincadas na ideologia puramente da subsuntiva se mostram, à evidência, insuficientes, mesmo porque já se observou que o ideário de que o juiz encontrará na lei uma resposta unívoca é no mínimo infantil. Igualmente indefensável dizer que o juiz não está sob nenhum prisma submetido à lei, vez que decidiria a par de sensibilidade jurídica ou mesmo pela visualização de interesses, ditos, sociais.

Claro que pela complexidade social, a discussão que envolve o questionamento sobre o papel do juiz e sua relação com a lei se potencializa. Daí mais uma vez se indaga: qual o mais democrático modelo de juiz? E a partir de qual destes deve ser compreendido o Novo Código de Processo Civil de 2015?

Para responder a tais perguntas se mostra pertinente traçar algumas linhas sobre os Quais os modelos de juiz construídos ao longo da história do direito. Com efeito, François Ost e Ronald Dworkin auxiliam nisso. O primeiro autor - François Ost - identifica dois modelos de juízes com os quais a teoria do direito se depara: o juiz Júpiter e o juiz Hércules. Cada um deles diz respeito a um modelo de direito.

O primeiro resulta do positivismo jurídico de índole dedutivo<sup>145</sup>; a lei é considerada a principal fonte do Direito. Um Direito compreendido de maneira hierarquizada, tal qual uma estrutura piramidal<sup>146</sup>, advindo do Código a maior expressão da

---

145. [...] las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica e de la armonía ideológica del sistema. ((OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 175).

146. Conforme Ost: "Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre preferido desde arriba, de algún Sinai, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De esse foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma

justiça<sup>147</sup>. Um modelo embasado no que se denomina de monismo jurídico (lei como fonte do direito); também no monismo político (soberania estatal); bem como na racionalidade dedutiva e linear (racionalidade do legislador). Há uma pretensão de se controlar o futuro pela lei, na medida em que esta que antecipa um estado de coisas preferíveis; a lei, pois, conduz a humanidade ao progresso da normativo.

Já o segundo modelo de Ost, em sentido oposto possui a decisão judicial como a única fonte do direito. Eis o juiz Hércules, um semideus capaz de realizar trabalhos sobre-humanos, de suportar em seus ombros o ordenamento jurídico e de resolver todo e qualquer conflito com maestria. Aqui é a decisão e não a lei o instrumento de autoridade. Em outros termos, Hércules é uma espécie de engenheiro social, responsável por dirimir os mais diversos conflitos, envolvendo os mais diferentes temas jurídicos.

As diferenças são acentuais, porquanto ao passo que Júpiter era um juiz da lei, Hércules era um engenheiro social. Há uma substituição da racionalidade dedutiva e linear do juiz Júpiter pela racionalidade indutiva de Hércules<sup>148</sup>.

François Ost observa que estes modelos (do juiz Júpiter e Hércules) se encontram em crise, já que por não suprem as necessidades de um direito alinhado às demandas da pós-modernidade. Afirma: “La sociedad y el Derecho postmoderno merecen algo

---

de decisiones particulares. Se dibuja una pirâmide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente esse Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia” (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170).

147. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170.

148. “Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas hacia su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En le precontencioso, aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desboba en ingeniero social”. (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 177).

## CONCLUSÃO

---

De tudo o que foi trabalhado no presente trabalho, pode-se concluir que a construção de verdades passa por, diríamos, uma evolução do pensamento filosófico, cujos pensadores foram aqui pinçados, para fim de ilustrar como se difere o modo de enxergar os fatos e obter o conhecimento.

Foi, portanto, analisado, em que medida a metafísica clássica e moderna, baseadas no dualismo sujeito-objeto, formam esta ideia de verdade, tratando-se em um primeiro instante da metafísica clássica, em especial do objetivismo platônico e o essencialismo aristotélico, para concluir que o olhar caracterizado por esta via de pensamento está ainda presente nos tempos hodiernos, tal como se observa, por exemplo, com a aplicação de súmulas vinculantes ou precedentes de modo geral, além da busca pela verdade real. Rememore-se que a aplicação de tais institutos faz com que o intérprete não volte os olhos para o caso concreto em sua plenitude, pois ele, o intérprete, pode até não observar, mas está envolto por este objetivismo, que constitui elemento marcante da metafísica clássica, cujo sentido das coisas, como dito por mais de uma vez, encontra-se nela propriamente dita (coisa em si) ou em sua essência.

Em sequência, demonstra-se a maneira como um pensamento fundado no que se dá a alcunha de “paradigma cartesiano” influencia a construção dos conceitos de ciência e de racionalidade.

Isto ocorre porque o direito sempre foi muito impregnado por esta estrutura metodológica e pela crença da utópica cientificação da sociedade, eis que se submete, não raras vezes, a uma racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e torna-se ele próprio científico. Algo que merece reparos, se a ideia é a de obter o que se chama de respostas constitucionalmente adequadas, nos moldes aqui propostos.

Já com Kant foi explicitado que este importante filósofo inaugurou uma revolução copernicana na filosofia, na medida em que transferido para o sujeito transcendental o papel regulador do conhecimento. É o conhecimento *a priori* dos objetos, que fez com que se passasse a compreender que não surgem por si mesmos os objetos do conhecimento, eis que, ao contrário, são eles trazidos à baila pelo sujeito transcendental. Em síntese: o objeto do conhecimento é deixado de lado em prol do sujeito do conhecimento, algo igualmente impensável consideradas as premissas aqui adotadas.

Ao tratar, ainda que de modo resumido, da vontade de poder de Nietzsche, demonstrou-se que a filosofia não buscava as causas últimas do conhecimento. Ao contrário, constituiu-se em atividade que serve à ação. Os sentidos não eram conferidos *a priori*, porquanto sua construção ocorre a partir dos atos e das obras humanas. Um processo historicamente localizado e ininterrupto de determinação dos valores, tendo a subjetividade sido alçada a um patamar ainda maior, pois com o fim da metafísica tudo passa a ser relativo. Isto, obviamente, não se compatibiliza também com a busca por respostas constitucionalmente adequadas.

Passou-se a tratar denúncia comumente feita ao ceticismo filosófico como uma corrente que abarca a discricionariedade judicial, por ratificá-la, o que não é de toda verdade, pois ao menos para a corrente cética de João Maurício Adeodato, mesmo que se diga que os juízes não se abnegam de cominar coercitivamente seus valores a despeito da democracia, mostra-se insuficiente para concluir que o ceticismo valorativo, por si só, contribui para abusos ou subjetividades arbitrárias.

De todo modo, como se compreende que a tomada de decisão decorre de um problema relacionado não só, mas também, das má-compreensões de paradigmas histórico-filosóficos, os temas versados no primeiro capítulo mostraram-se relevantes, mormente porque se crê que não há um grau de zero de sentido.

Ainda, concluiu-se pela insuficiência do modelo jurídico adotado pelo ultrapassado positivismo exegético. Isto porque,

esta escola de pensamento confunde a lei com o justo e por conta disso, faz dos juristas prisioneiros do texto, já que são comumente denominados de *boca da lei*.

Desta escola, como também se mencionou no texto, advieram outras, podendo-se citar como exemplo a escola histórica, a jurisprudência dos conceitos, dos interesses e valores, todas presentes no dia a dia dos juristas brasileiros, que, longe de se apegarem a uma ou outra linha, acabam por escolher a que mais lhes agrada, para tomar a decisão que é subjetivamente tida como adequada. O caso, portanto, é moldado à individualidade interpretativa do agente que decide.

Foi também apresentado o debate marcante sobre o positivismo, o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e a potencialidade de decisões arbitrárias existente a partir da adoção dos pressupostos teóricos de tais escolas. E assim, evoluiu-se para o tratamento da hermenêutica de cariz filosófico, como ferramenta pertinente do combate às tomadas de decisões arbitrárias. Para tanto, evolui-se ao longo do texto com as diretrizes que fizeram com que a hermenêutica clássica fosse superada pela filosófica, a partir das contribuições de Gadamer, para, logo depois, mostrar a importância da linha de pensamento de Lenio Luiz Streck, com a criação de sua Crítica Hermenêutica do Direito, uma simbiose entre o pensamento de Gadamer e Dworkin.

No derradeiro capítulo, foi refutada a ideia de que os tribunais podem, ao seu respectivo alvedrio, dizer o que é o Direito, num franco protagonismo judicial, em detrimento dos demais participantes. É o que ocorre, por exemplo, acaso adotada de maneira irrefletida a escola da instrumentalidade do processo, pois esta deposita no julgador a capacidade de escolher quando a forma pode ser relativizada, sob o fundamento da busca de meios mais efetivos de prestação da tutela jurisdicional.

Potencializar a subjetividade do julgador, por intermédio de ponderação de valores, igualmente não se mostra adequado, daí advindo a necessidade de se pensar em um diferente caminho, que tenda a ultrapassar o esquema metafísico baseado na relação