

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO**



RENATO MERONI BRETANHA

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ORIUNDA DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**RIO GRANDE - RS
2016**

RENATO MERONI BRETANHA

ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ORIUNDA DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de título de Bacharel, pelo Curso
de Direito, da Universidade Federal do Rio
Grande – FURG.

Orientadora: Profa. Dra. Claudete Gravinis

RIO GRANDE – RS

2016

RENATO MERONI BRETANHA

ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ORIUNDA DO LIVRE CONVENCIMENTO
MOTIVADO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção de título de Bacharel, pelo Curso
de Direito, da Universidade Federal do Rio
Grande – FURG.

Aprovado em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Claudete Gravinis

Examinador: ...

Examinador: ...

*“De barriga de mulher grávida e de cabeça de juiz ninguém sabe o que
vai sair”*

“Cada cabeça, uma sentença...”.

(Ditos populares)

AGRADECIMENTOS

A todos os amigos que me cercam, a minha família que sempre me amparou, sobretudo minha mãe e meu irmão, bem assim, especialmente a minha namorada Izabella Käfer pelo apoio e companheirismo imprescindíveis para elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho procura discutir a incidência do Livre Convencimento Motivado no processo civil brasileiro e a discricionariedade judícia que dele advém. Para tanto, busca amparo nos estudos conduzidos por Lênio Streck reproduzidos em sua obra jurídica, na qual aponta para a necessidade de transpor, inicialmente, a discussão para o âmbito filosófico a fim de identificar o paradigma metafísico moderno dominante das práticas judiciárias locais, e denunciar a necessidade de sua superação, perante o que o autor denomina de giro ontológico-linguístico, fenômeno que marca a introdução da linguagem na filosofia a fim de limitar a possibilidade de interpretação, de forma que o sentido vai passar do sujeito para a linguagem. Neste contexto, o Livre Convencimento Motivado e as decisões fundamentadas na consciência do julgador não mais são possíveis, dando espaço para a teoria da Resposta Adequada à Constituição enquanto possível solução para contornar a arbitrariedade e impor limites aos juízos ao decidirem. A técnica de pesquisa utilizada foi bibliográfica jurisprudencial.

Palavras-chave: Livre Convencimento Motivado. Hermenêutica Filosófica. Discricionariedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ANÁLISE DOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS EM TORNO DA LINGUAGEM AO LONGO DA HISTÓRIA E A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 A filosofia e a linguagem: de Platão à tradição metafísica.	11
1.2 O giro ontológico linguístico não recepcionado a fim de manter o Livre Convencimento Motivado.....	19
2. ESTUDO DA APLICAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973	24
2.1 Estudo de decisões práticas, com análise dos fundamentos e divergências doutrinárias.	24
2.2 Reflexos da discricionariedade praticada pelo Judiciário Brasileiro, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973	27
3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	36
3.1 Análise do novo Código de Processo Civil sob o prisma dos fundamentos da decisão.....	36
3.2 Teoria da Resposta Adequada à Constituição por Lênio Streck, propondo a superação do decisionismo judicial.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a análise da discricionariedade decorrente das decisões judiciais pátrias fundamentadas no livre convencimento motivado existente no Código de Processo Civil de 1973 e proposta trazida pelo novo Código de Processo Civil em vigor desde 18 de março de 2016.

Para tanto, inicialmente, analisam-se as vertentes teóricas que fundamentam a base legal do código processualista, transcorrendo parte da história filosófica que formou os paradigmas basilares de diversas épocas, inclusive da então utilizada no judiciário brasileiro, para, após, apontar a sua superação com as inovações pós-modernas filosóficas.

Com isso, analisam-se casos práticos, cujas decisões utilizam-se da subjetividade assujeitadora do direito produzindo discrepâncias em casos similares.

Ao fim, junta-se a proposta trazida pelo novo Código de Processo Civil que entrou em vigor neste ano, para tentar acabar com esse problema solipsista judicial, além de apresentar a tese elaborada por Lênio Streck para a elaboração de uma decisão judicial adequada à Constituição.

Como instrumento deste trabalho utilizou-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

O presente estudo encontra destaque em função da busca incessante da sociedade na aplicação de disposições e garantias que venham a encaminhar a solidificação de um processo justo, efetivo, coerente e íntegro. Preceitos buscados com a reforma e implantação do novo Código de Processo Civil de 2015.

Justifica-se a pesquisa em nível pessoal devido a uma inquietude perante a divergência em decisões judiciais entre casos similares, principalmente durante estágio realizado na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em que me deparava com grande demanda de diversas matérias, possibilitando acompanhar julgados diversos sobre os temas, e, presenciava os assistidos daquela instituição perplexos ao receberem a informação de que o processo deles fora julgado de forma distinta do que o vizinho deles obtivera, por exemplo.

O que também leva à relevância no âmbito social, na medida em que os jurisdicionados (sociedade) têm o interesse (e direito) às decisões jurídicas previsíveis, íntegras com a historicidade dos princípios do Direito e coerente entre casos similares.

Em última análise, trata-se da defesa da Constituição Federal, promulgada em 1988, na qual é previsto o direito à decisões jurídicas fundamentadas, conforme inciso IX do artigo 93.

Para este estudo foram consultados substancialmente os postulados de Lênio Streck, profundo crítico da discricionariedade judicial, que tem nesse assunto um dos pontos principais em sua vasta produção científica.

A partir do renomado jurista, e sua Crítica Hermenêutica do Direito, a questão da decisão judicial é transposta, inicialmente, para a análise do paradigma filosófico que a ampara, a partir do que o autor denuncia a supremacia da Filosofia da Consciência, em que a resposta para a compreensão das coisas residia no sujeito que a buscase, possibilitando o assujeitamento do objeto a seu arbítrio.

Neste sentido, o Livre Convencimento Motivado é, talvez, o ápice da discricionariedade, pois, a partir dele, os Magistrados (livremente) dão-se por convencidos de uma solução para o caso jurídico apresentado, e, após buscam a motivação a amparar a sua escolha. Isso possibilita que a decisão judicial vire uma escolha do Juiz intérprete, e, aqui, reside o caminho livre para a discricionariedade, uma vez que seria legítima qualquer escolha efetuada no âmbito do convencimento do julgador, afinal, ele é livre para tanto.

Em face disso, Streck explora as teorias filosóficas em busca da superação desse modelo solipsista, para então encontrar guarida nas premissas hermenêuticas, em especial a partir da fenomenologia de Heidegger, integrada por Gadamer e sua Hermenêutica Filosófica.

Assim, com o amparo da construção jurídica elaborada por Streck, aborda-se a necessária discussão filosófica em cima do problema discricionário no Direito, para entender a sustentação do Livre Convencimento Motivado, e, portanto, da arbitrariedade nos julgados, e, após, conhecer a superação desse paradigma a fim de inserir o Direito na filosofia contemporânea.

Com a finalidade de melhor ilustrar do que se trata a discricionariedade a que se propõe a analisar o presente trabalho, são trazidos alguns casos e modelos de decisões reveladoras do Livre Convencimento Motivado e demais subterfúgios utilizados no julgar sob o domínio da Filosofia da Consciência.

Outrossim, em busca do futuro, invoca-se à discussão o novo Código de Processo Civil, em vigor a partir deste ano, cujo projeto ponderou algumas das

críticas ora apresentadas, a fim de retirar a expressão Livre Convencimento Motivado, bem como introduzir aspectos que suscitam a busca pela integridade e coerência no Direito.

Por fim, apresenta-se a teoria da Resposta Adequada à Constituição elaborada por Streck como solução contra a discricionariedade judicial, amparada pelas condições filosóficas antes expostas, aliadas à teoria integrativa de Dworkin, renomado autor norte-americano.

Em síntese, são essas as premissas do presente estudo, ressaltando-se, é claro, o reconhecimento dos limites desta monografia a inviabilizar o exaurimento das questões aqui trazidas, mas tão somente apresenta-las enquanto fundamento e alternativa para o problema descrito.

1 ANÁLISE DOS PARADIGMAS FILOSÓFICOS EM TORNO DA LINGUAGEM AO LONGO DA HISTÓRIA E A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO BRASILEIRO

1.1 A filosofia e a linguagem: de Platão à tradição metafísica.

Para melhor entender o que é o Livre Convencimento Motivado, e de onde ele advém, adentra-se na fundamentação teórica-filosófica de Lênio Streck, que em sua obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência?” (2015), alerta, inicialmente para a existência de uma corrente filosófica que sustenta os paradigmas dominantes, que no presente caso (do Direito), representa o decisionismo. Assim o refere:

Cada época organizou a sua concepção de fundamento. Fazendo um pequeno esforço histórico destes vinte séculos, a busca de um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis* está já na ideia platônica, na substância aristotélica, no *esse subsitens* do medievo (última síntese da metafísica clássica), no *cogito* inaugurador da filosofia da consciência, no *eu penso* kantiano, no *absoluto* hegeliano, na *vontade do poder* nietzschiana e “no imperativo do dispositivo da era da técnica”, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heiddeger).

No campo do direito, tais questões permanece(ra)m difusas – e essa é uma questão ainda não superada pelos juristas – em um misto de objetivismo e subjetivismo. Se a primeira “etapa” do *linguisticturn* foi recepcionada pelas concepções analíticas do direito, o mesmo não se pode dizer acerca daquilo que se pode denominar de “giro-ontológico-linguístico”.

O referido autor, portanto, aponta a busca incessante da humanidade pela compreensão das coisas, objeto de estudo da filosofia no transcórre dos séculos, discriminando os fundamentos atualmente (ainda) utilizados, quais sejam: “(...) paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência” (p. 64) para então anunciar a sua superação: “Insisto, então, em ancorar a presente discussão *na evolução dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência pelo giro ontológico-linguístico.*” (p. 65).

Previamente à discussão, importante esclarecer o que se entende por paradigmas filosóficos. Dúvida satisfeita pelo doutrinador nos seguintes dizeres:

As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos

que conformam o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época.¹

Portanto, utilizando-se do ensinamento de Ernildo Stein, paradigma filosófico é o nome dado a esse “fato ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época”², cuja função é “de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente”.³

Antes, ainda, de aprofundar a análise dos paradigmas filosóficos recorrentes no direito, entretanto, o doutrinador procura delimitar os conceitos de positivismo e pós-positivismo (deixar claro o “lugar da fala, isto é, sobre “o quê” estamos falando)⁴. Aduz que o positivismo não limita-se ao famigerado “Juiz boca da lei”, para quem tal definição já está devidamente superada na doutrina e práxis jurídica, e, refere-se, portanto, sob esse signo, ao que chama de “positivismo normativista”, o qual tem seu fundamento principal na obra de Hans Kelsen.

Em outras palavras, o positivismo segundo o qual o direito está totalmente adstrito aos dódigos e legislações, também cunhado de “exegetismo” já fora superado no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que:

com o passar do tempo, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade dos Códigos abarcarem toda a realidade circundante, principalmente em virtude dos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas” (STRECK, 2014a, p. 124).

Assim, diante dos casos que a legislação não dava conta de resolver, foram surgindo propostas “de aperfeiçoamento desse *rigor* lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo”, as quais o autor denomina de “positivismo normativista”, como dito, calcado na teoria de Kelsen, mais precisamente oriundo do capítulo VIII de sua Teoria Pura, cuja lição maior apreendida pelos juristas foi a possibilidade de “interpretação como ato de vontade”.

Nesse sentido, nas palavras de Fernando Vieira Luiz:

Aos olhos kelsenianos, o magistrado está longe de ser o escravo da lei, ou seja, em nada se assemelha ao juiz *labouche de laloi*; pelo contrário, ele decide por ato de vontade, porque não há um critério – ou mesmo um

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a. p. 142.

² Idem, *Ibidem*.

³ Idem, *Ibidem*.

⁴ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

metacrítério – para distinguir, entre as possibilidades possíveis de interpretação, aquela que deve ser aplicada ao caso. Por isso, a busca por uma resposta correta, para Kelsen, não está circunscrita à teoria do direito, mas se trata de um problema de política do Direito. Assim, a sentença - e genericamente qualquer ato de aplicação – é um puro ato voluntarista do juiz, que, de forma subjetiva, escolhe, entre várias possibilidades, aquela que lhe aprover.⁵

Portanto, esse é o positivismo que impera nos dias de hoje no Direito Pátrio, e contra o qual a novel doutrina se insurge.

Como dito, a proposta hermenêutica para a superação do paradigma acima descrito busca sustentar-se na filosofia da linguagem, enquanto superação filosófica do decisionismo oriundo da prática atual. Para melhor entender o porquê se fala em superação, imperioso adentrar na história da filosofia, em especial no tocante à linguagem.

Sobre o assunto, Streck leciona que a primeira obra dedicada ao tema é o livro *O Crátilo*, de Platão, em que o principal conteúdo é a discussão sobre a “*justeza dos nomes*”. Em diálogos envolvendo os personagens Hermógenes e Crátilo, são contrapostas as teses naturalista, a qual defende que cada coisa tem nome por sua natureza ou essência, e a convencional, para a qual não existe nenhuma ligação entre palavras e coisas, sendo apenas denominações arbitrárias.

Nestes termos, Hermógenes ressalta a posição convencional de que os nomes “são uma imposição humana sobre o mundo, sua utilização nada mais confirma senão o consenso (individual ou coletivo) sobre a aplicação de certa palavra a um determinado caso” (LUIZ, 2013, p. 24).

Crátilo, por seu turno, enaltece o naturalismo, para quem a linguagem “serve para descrever o mundo, que possa ser utilizada para se dizer coisas sem imprecisão, razão pela qual cada nome equivale ao objeto a que se refere” (ibidem).

Intermediando a situação, Platão pondera a linguagem dispensável para buscar-se a verdade das coisas. Pretende que a essência das coisas seja encontrada e o conhecimento disseminado através das próprias coisas objeto de estudo, de forma independente da linguagem. Oliveira sintetiza a questão nas seguintes palavras:

É possível, portanto, conhecer as coisas sem os nomes. Aqui está a tese fundamental de Platão e de toda filosofia do Ocidente: ele pretende, com

⁵ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade (alétheiatononton) e que o real só de conhecido verdadeiramente em si (aneutononaton) sem palavras, isto é, sem mediação linguística. A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independente dela. [...] A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela. Sua tese fundamental é a distinção radical entre pensamento e linguagem, sendo esta reduzida a expressão secundária ou a um instrumento (organori) do pensamento. [...] A linguagem é apenas instrumento de participação enquanto revelação e exposição (logos proforikós) por meio dos sons daquilo que foi compreendido.

Ou seja, em Platão, a realidade é alcançada somente em si mesma, independente das palavras. A linguagem existe em torno da coisa já conceituada apenas para representa-la, ou, nas palavras de Streck (2014a, p. 181), “o significado precede o significante”.

Daí advém a metafísica, projetada por Aristóteles com a finalidade de buscar os sentidos de todas as coisas, isto é, procurar princípios e conceitos dos quais tudo e todos dependam, ou,

um saber que precede todos os outros, e, por isso, (...) a ciência primeira, pois seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios (STRECK, 2015, p. 13).

“A metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é.” (ibdem).

Tem por finalidade a objetivação máxima, cujo ápice é a conceitualização de tudo ao entender a essência por trás de cada objeto. Ainda procura a essência, uma espécie de “releitura do pensamento de Platão” (STRECK, 2014a, p. 184).

Entretanto, diferencia-se de Platão e seu mundo das ideias, na medida em que, embora reconheça a divisão entre a “verdadeira essência” e a palavra, entende que a palavra pode traduzir a essência, desde que tenha sentido. Conceitua Oliveira (apud STRECK, 2014a, p. 189):

A tradição de pensamento sempre pressupôs uma isomorfia entre realidade e linguagem, porque há uma essência comum a um determinado tipo de objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. Sem conhecimento da essência, não há, para a tradição, conhecimento verdadeiro.

Importante contextualizar a obra dos dois filósofos sempre como uma contraposição (nem que, por vezes, de forma indireta) aos sofistas, para quem tudo era permitido na arte da argumentação, o que conferia ao discurso “possibilidades ilimitadas”, o que fazia com que Aristóteles os visse “como falsos filósofos, que representavam uma ameaça à própria filosofia”, tendo o “traço comum” de Platão que “enfrentou e combateu os sofistas”, para utilizar termos de Streck (2014a, p. 182).

Enfim, em torno dessa ciência criada por Aristóteles girará todo o pensamento filosófico ocidental até meados do século XIX pra XX, perpassando principalmente, “correndo o risco de da simplificação”, pelos ideais “aristotélico, o platônico, o neoplatonismo, Santos Agostinho, São Tomás de Aquino, Descartes, Spinoza, Leibniz, chegando até Kant, Fichte, Schelling e Hegel” (STRECK, 2014a, p. 188), incluindo as concepções que contra ela se impuseram.

Em última palavra, por tudo isso que “a concepção central do pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas” (STRECK, *ibidem*).

Nesta senda, como referido acima, trabalham diversos autores (por exemplo, os anteriormente referidos) a confirmar ou até mesmo negar, em partes, ou no todo, essa concepção filosófica, mas sempre a citando ou tendo como base.

Com a chegada do sujeito, a inaugurar a nova fase filosófica na (com a) modernidade, salientam-se, de início, os postulados estoicos, para quem as essências universais nada importam (na realidade, não são verdadeiras), mas sim, somente a singularidade. Ou seja, já uma ruptura a fim de separar as palavras das coisas, voltando a atenção, “assim como os sofistas” “para a constituição de uma teoria do discurso, (...), no qual a dialética diz respeito às palavras e ao que elas significam, isto é, aquilo que pode ser expresso pelo discurso” (STRECK, 2014a, p. 189), formulando a teoria de que o “signo (sêmeion) como uma entidade constituída pela relação entre significante (sêmeinon) e o significado (sêmeinomenon)” (STRECK, *ibidem*), o que significa dizer que a linguagem deixou de corresponder exatamente à essência do que representa.

Neste sentido, Santo Agostinho postula que “as palavras são signos, e estes signos não nos remetem diretamente às coisas, mas a outros signos, formando um

sistema fechado no qual a significação, ao invés de se fazer pela articulação signo-coisa, faz-se pela articulação signo-signo” (GARCIA-ROZA, apud STRECK, 2014a, p. 190).

Com isso, Agostinho conclui que “o signo é enganador, (...). A função significativa da palavra não se faz pela relação que ela possa ter com a coisa significada, mas sim pela relação que ela tem com as outras palavras.” (STRECK, 2014a), para então surgir Lacan e arrematar que acaba sendo tudo arbitrário, “a razão pela qual as coisas têm o nome que têm, não está na coisa nem no signo considerado isoladamente, mas nas definições, isto é, nas relações entre os signos” e transmutar a verdade para fora da linguagem, sendo encontrada “na interioridade do sujeito”, prossegue: “é a interioridade que sustenta a verdade do signo” (STRECK, 2014a, p. 192).

Finalmente, após séculos de metafísica, Lacan introduz o sujeito na análise. Entretanto, ainda continua “assujeitado” (STRECK, 2014a, p. 192), e isso só irá mudar com a construção moderna da subjetividade, ainda dependente de prévias determinações.

Neste caminho, surge Guilherme de Ockham, já no século XIV definitivamente negar “os universais aristotélicos”, para quem essas definições são “apenas palavras (*flatusvocis*), sons emitidos, não havendo nenhuma entidade real correspondente a eles.” (STRECK, 2014a, p. 192). Este autor revoluciona ao assentar-se na vontade: “o fundamento da lei está na decisão voluntária: o próprio sujeito, o indivíduo, torna-se legislador. É, em síntese, é o triunfo da vontade humana (...)” (STRECK, 2014a, p. 193).

Aqui inaugura-se “uma espécie de subjetividade, um poder natural do indivíduo, que se contrapõe individualmente, com sua vontade, contra aquilo que é dado no geral” (STRECK, 2014a, p. 193).

Um breve parêntese para contextualizar historicamente este momento, em que o mundo medieval imperava calcado nas “teses realistas (aristotélico-tomistas)” em que “a razão divina comanda tudo” (STRECK, 2014a, p. 193), salienta ainda mais a importância da teoria de Ockham ao inaugurar a vontade, e, portanto, o sujeito, no paradigma metafísico.

A partir desse conceito, sustentam-se Hobbes, e seu contrato social, e Locke com a sua *tábula rasa*, a começar a fundamentar o estado liberal moderno.

Mas, voltando à linguagem na filosofia, é inevitável dizer que a modernidade filosófica de fato surge com Descartes, e seu sujeito que “pensa, logo existe”. Isso significa que o sujeito, antes de totalmente desprezível na busca pela essência das coisas, passa a ter um papel central para entender o mundo. Streck (2014a, p. 200) sintetiza a grande reviravolta paradigmática “quando a pergunta *o que é ente?*, que inaugura a metafísica (clássica), cede espaço a uma pergunta gnosis-ontológica, e transforma-se na pergunta sobre o método, sobre o caminho no qual algo incondicionalmente certo e seguro é buscado pelo próprio homem e para o homem e a essência da verdade é circunscrita.

Isso significa que a essência não está mais nas coisas, “passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência)” (STRECKa, 2014, p. 201). Agora, “o sujeito, antes assujeitado pelo objeto – eis que buscava neste a verdade, através de sua essência-, torna-se assujeitador.” (LUIZ, 2013, p. 31). É a “subjetividade assujeitadora” que nasce com Descartes e busca guarida, não mais na essência, mas na verdade pela razão, “é o primado da razão, pela qual as coisas só existem se pensadas por um sujeito (LUIZ, 2013, p. 31)”, a qual deverá ser usada da forma mais segura possível: “A questão acerca do verdadeiro se torna a questão acerca do uso seguro, assegurado e autoassegurador da *ratio*” (STRECK, 2014a, p. 201).

Temos, então, um sujeito com a sua razão, no centro da questão filosófica, passando a ser preocupação dos filósofos dessa corrente a busca pelo melhor método a possibilitar o uso restrito da razão do sujeito. De onde advém Kant, e sua *Crítica da Razão Pura*, no qual “o uso da razão está em questão por toda parte” e pretende a “delimitação do uso correto e incorreto da faculdade humana da razão”, conforme Streck (2014a, p. 202).

Para usar um termo kantiano, para o autor há projeção dos objetos, ou:

O sujeito, assim, cria seu objeto, em um processo de objetivação do mundo, na medida em que a mediação da subjetividade é condição de possibilidade do próprio conhecimento, pois a razão seria capaz de compreender o que ela mesma produz segundo seu projeto. O sujeito, a partir de então, não se orienta pelo objeto; ao contrário, é o objeto que é determinado pelo sujeito. (...) Assim, não se podendo conhecer qualquer objeto em si mesmo, somente restaria ao homem pensá-los, projetá-los, em suma, criá-los por meio da razão pura (LUIZ, 2013, p. 33).

Nesse contexto, novamente, temos a linguagem em segundo plano, com a finalidade apenas de assegurar a reprodução do signo, ou

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 (STRECK, 2014a, p. 204).

Na sequência, imperioso citar Nietzsche, ponto alto da nova metafísica, para quem “frente ao positivismo que para perante os fenômenos e diz: ‘há apenas fatos’, eu digo: ‘ao contrário, fatos é o que não há: há apenas interpretações.’” E estabelece a “vontade do poder”, o que significa dizer que no final da metafísica, “o ser se manifesta como vontade de poder”. “A passagem de Descartes a Nietzsche é, justamente, a da transição entre razão e vontade.” (STRECK, 2014a, p. 208).

Essa transição fica ainda mais clara (no âmbito jurídico) a partir de Kelsen, e sua Teoria Pura do Direito, onde, no capítulo VIII, é apresentada a decisão como ato de vontade do julgador, para Vieira Luiz (2013, p. 47), baseado na “estrutura sujeito-objeto, típico de uma doutrina neokantista, (...), da filosofia da consciência”.

Lembrando, é claro, que para o referido jusfilósofo, existe uma distinção entre a aplicação e o estudo do Direito, uma vez que tinha a pretensão de “construir uma ciência pura do direito (...) uma metalinguagem da linguagem objeto” (STRECK, 2014a, p. 127). Isso porque entendia ser necessário garantir a ciência à parte da aplicação, cuja prática seria sempre eivada de indeterminações e pluralidades políticas, morais e afins, ou seja, buscava “que a ciência se movimentasse em um solo lógico rigoroso” (STRECK, 2014a, p. 127).

Detendo-se, aqui, especificamente à interpretação autêntica idealizada por Kelsen, aquela inerente à aplicação do Direito, enquanto “processo mental que acompanha a aplicação na análise do ordenamento jurídico” (LUIZ, 2013, p. 48) que está dentro do trajeto escalão superior para escalão inferior, ou seja, “assim, como tal, deve buscar sua validação no escalão superior do ordenamento – a lei – que, por sua vez, terá sua validade albergada pelo escalão superior: a Constituição, que terá por fundamento a norma hipotética fundamental.” (LUIZ, 2013, p. 48).

Esse sistema escalonado não garante, entretanto, uma completa limitação do seu imediato inferior, pelo contrário, “como ressalta o jurista, esta determinação nunca é completa, ou seja, sempre há um espaço, ora maior, ora menor, de livre apreciação do intérprete.” (LUIZ, 2013, p. 48). De qualquer forma, são essas relações que formam a “moldura” ou “quadro”, dentro do qual o intérprete deverá aplicar o Direito.

Dito isso, depreende-se que “Kelsen afirma que a sentença não apresenta a resposta correta ao caso concreto, mas *uma* das respostas possíveis (LUIZ, 2013, p. 49)”. Mais,

Por isso, a busca por uma resposta correta, (...) se trata de um problema de política do Direito. Assim, a sentença (...), é um puro ato voluntarista do juiz, que, de forma subjetiva, escolhe, entre várias possibilidades, aquela que lhe aprouver (LUIZ, 2013, p. 49).

Justamente aqui “parou” a recepção paradigmática do Direito, na qual o “sujeito solipsista da modernidade – tendo por bases as formulações de Descartes e Kant – é o protótipo do juiz atual (LUIZ, 2013, p. 54)”, formando o positivismo que impera no mundo jurídico atualmente, o qual, como dito no início do capítulo, já não é aquele “legalista”, mas o normativo discricionário, que nas palavras de Kelsen: “La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del positivismo jurídico; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el relativismo” (KELSEN, apud STRECK, 2014a, p. 128).

Nas palavras de Vieira Luiz (2013, p. 79): “a jurisdição ainda se encontra aprisionada sob um teto hermenêutico caudatário da metafísica clássica e da filosofia da consciência”.

É justamente a partir dessa análise que Streck encontra a sua solução ao advertir para a superação desse paradigma filosófico, pretendendo a aplicação no Direito da hermenêutica filosófica, a qual torna impraticável o Livre Convencimento Motivado, conforme a seguir exposto.

1.2 O giro ontológico linguístico não recepcionado a fim de manter o Livre Convencimento Motivado

Assim, como visto anteriormente, tanto na metafísica clássica, quanto na moderna, a linguagem era um elemento acidental, um “mero instrumento, meio de informação, uma terceira coisa que se impunha entre sujeito e objeto” (LUIZ, 2013, p. 86).

Essa concepção começa a mudar gradualmente, tendo início com trabalhos de Hamann, Herder e Humboldt, os quais “realizaram o primeiro ‘giro linguístico’, representando a primeira quebra paradigmática à consideração da linguagem como elemento constitutivo da relação do ser com o mundo” (LUIZ, 2013, p. 80), nas

palavras de Streck (2015, p. 14) “esse giro ‘liberta’ a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada ‘invasão’ da filosofia pela linguagem.

Seguindo um caminho trilhado por autores como Pierce, Saussure, até encontrar em Heidegger e, depois, em Gadamer, a sustentação filosófica da Nova Crítica do Direito proposta por Streck, em resposta às práticas jurídicas pátrias, que “traz ao mundo jurídico a viragem linguística, ressaltando que a linguagem não é algo que se põe entre um sujeito e um objeto. Antes, é condição de possibilidade, eis que, para falar de algo, é necessário falar na e pela linguagem” (LUIZ, 2013, p. 79).

Nessa quadra filosófica, a linguagem adquire protagonismo ao ser essencial para a manifestação de conhecimento, Streck (2015, p. 14-15) sintetiza o *linguisticturn* nos seguintes dizeres:

Pode-se afirmar que, no *linguisticturn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos.*

Principalmente a partir de *Ser e Tempo*, sua obra máxima, Heidegger “redefine a questão do ser, fundamentando uma nova hermenêutica, (...), fazendo inserir na filosofia a vida prática (facticidade) do existir” (LUIZ, 2013, p. 80). Rompe a visão do ser “como algo imutável, não sujeito a qualquer condicionamento histórico”, idealizado pela metafísica clássica, para propor um “sujeito universal capaz da transcendência de condições empíricas” (LUIZ, 2013, p. 81).

Para Heidegger, existe uma diferença ontológica entre ser e ente, de forma que o “o ser é sempre o ser de um ente e o ente somente pode ocorrer no seu ser; um não existe sem o outro. Por isso o ser e o ente não são coisas iguais, porém não são completamente diferentes.” (LUIZ, 2013, p. 81). A partir daí, diferenciando-os, é possível entendê-los, na medida em que se necessita de um para chegar ao outro: “com o ser chegamos aos entes. O ser existe para dar sentido aos entes. Não vemos o ser; vemos o ente no seu ser.” (STRECK, apud LUIZ, 2013, p. 82).

Nessa concepção, surge o círculo hermenêutico. Neste sentido, utiliza-se “a analítica existencial como ontologia fundamental” de Heidegger (STRECK, 2015, p. 15), segundo o qual é necessário voltar-se à questão do ser enquanto questão prévia: “antecipadora, porque a compreensão do ser é algo com que já sabemos e operamos quando conhecemos os entes” (STRECK, idibem).

Mais, a busca pelo sentido do ente começa pela própria compreensão do ser, que será limitada pelo momento histórico e tradicional em que se encontra, de forma que a “a compreensão é verdadeiramente histórica, sempre limitada por horizontes, representando a totalização do sentido de uma época, (...) com o mundo vivido” (LUIZ, 2013, p. 82).

Dessa concepção, infere-se o chamado ser-aí (*Dasein*), que é dinâmico e condicionado historicamente, uma vinculação ao mundo, um projetar-se no mundo, isso porque “não existe esse ser humano em estado neutro que de repente faz uma proposição assertórica predicativa”, pois, “o ser humano desde sempre falou dentro de uma história determinada” (STEIN, apud LUIZ, 2013, p. 84-85).

Temos, assim, a compreensão relacionada com o mundo, cujo conceito é importante frisar, é concebido enquanto um “vincular-se projetivo do ser-aí e do fato de o ser-aí entregar a si mesmo como o projeto de um mundo uma vinculação” (LUIZ, 2013, p. 84), ou seja o ser é parte do mundo, que, inobstante ser externo, dele extrai a sua autocompreensão, determinando assim:

O homem é um ser hermenêutico, porque seu modo fundamental de existência é compreendendo e interpretando tudo o que está ao seu redor, razão pela qual o ser está condenado a interpretar (LUIZ, 2013, p. 84).

Portanto, falar do *Dasein*, e essa compreensão prévia existente, significa dizer que qualquer racionalização ou interpretação vem após a própria compreensão preliminar, em razão do que “a proposição (o discurso) chega tarde, pois neste momento o ser já compreendeu (LUIZ, 2013, p. 85).

Então, a compreensão é derivada do ser-aí, que, como dito, se é um ser-no-mundo, e aqui entra a linguagem: “nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem” (STRECK, 2014a, p. 287). Por isso a linguagem passa a ser “condição de possibilidade” (STRECK, 2014a). Ela (a linguagem) é a abertura (do ser-aí) para o mundo, e somente por meio dela “que podemos ter mundo, enquanto mundo” (STRECK, 2014a, p. 288).

Pela linguagem vamos interpretar e atribuir sentido às coisas; “sem a palavra, sem a linguagem, não há existência (STRECK, 2014a, p. 289). Mas, isso não significa dizer “que ela – linguagem – cria o mundo; este existe independente de nós” (STRECK, 2014a, p. 289).

Em resumo, se a compreensão é prévia do próprio ser-no-mundo, e o acesso ao dito mundo é somente dado pela linguagem, esta torna-se o limite da interpretação; da atribuição de sentido, uma vez que “a linguagem sempre nos precede”.

Tudo isso forma a chamada ontologia fundamental, porque é prévia a qualquer outra ontologia “no sentido clássico que sempre está ligado à entificação e objetificação” (STRECK, 2015, p. 16).

Na sequência, Gadamer utiliza dessas ideias a fim de complementar a sua busca pelo sentido das coisas. Expande essa ontologia fundamental e “deixa clara a forma pela qual o caráter historicamente condicionado da própria experiência possibilita a compreensão” (LUIZ, 2013, p. 88). Nesse sentido, traz o conceito de preconceito enquanto “um juízo que é processado antes mesmo de que todos os elementos que determinam uma situação tenham sido examinados (LUIZ, 2013, p. 88) ou, nas palavras do próprio filósofo: “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade história de seu ser.” (GADAMER apud LUIZ, 2013, p. 89).

Significa dizer que não existe compreensão a partir de uma *tabula rasa*. “A compreensão é intrinsecamente temporal” (LUIZ, 2013, p. 89), no sentido de que imperam a já referida historicidade do ser, bem como o tempo e o espaço em que ele se encontra, formando a tradição, a qual “fornece, nas práticas particularizadas de construção do significado, a estrutura prévia da compreensão” (LUIZ, 2013, p. 89).

Importa dizer que a tradição não determina a interpretação (que resultará ao final do círculo hermenêutico), mas sim inicia esse movimento hermenêutico cuja circularidade “apresenta-se, assim, neste contínuo fluxo, no qual um preconceito existente leva a outro, que será condição de possibilidade na compreensão de eventos futuros” (LUIZ, 2013, p. 89).

A partir de então, confronta-se o objeto a ser analisado, que no caso do Direito será um texto, mas exigindo “respeito à alteridade do texto”, afinal, “aquele que deseja saber algo deve deixar que o texto fale” (LUIZ, 2013, p. 92). De forma

que “a compreensão ocorrerá nessa mediação entre passado e presente” (LUIZ, 2013, p. 92).

Essa mediação forma a *applicatio* hermenêutica de Gadamer.

Ao se abrir para o que é diferente (alteridade), permite-se a fusão do horizonte daquele que compreende com o horizonte do compreendido. Portanto, como resultado desta fusão, a compreensão dar-se-á em um momento único, na aplicação (LUIZ, 2013, p. 92).

Nesse diapasão, a linguagem, como referido anteriormente, “é condição de possibilidade, pois a compreensão ocorre na e pela linguagem” (LUIZ, 2013, p. 93), não devendo ser vista como um conjunto de sinais, apenas, mas sim em tudo que se fala, “é a linguagem que possibilita ao indivíduo falar que algo é, na medida em que ela torna possível este próprio falar” (LUIZ, 2013, p. 94), ao passo de Gadamer concluir: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.

Principalmente, esse pressuposto de condição da linguagem é o controle do intérprete, explicado mais pormenorizadamente nas palavras de Streck (2014, p. 312):

(...) Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. De que modo é possível controlar o intérprete, para que este não ‘diga qualquer coisa sobre qualquer coisa’? Ele é controlado pela tradição, pelos ‘constrangimentos linguísticos-epistemológicos’ que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo.

Enfim, “com o giro- que aqui denomino de ontológico-linguístico (...) – o sujeito não é fundamento do conhecimento” (STRECK, 2014a, p. 253). Isso significa que “o que morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo” (STRECK, 2014a, p. 254).

2 ESTUDO DA APLICAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

2.1 Estudo de decisões práticas, com análise dos fundamentos e divergências doutrinárias.

Ao analisar a discricionariedade expressa nas decisões judiciais, é impossível não começar pelo voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, que assim sustentou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (Agravo regimental nos embargos de divergência em recursos especial nº 279.889/AL).

Deste trecho fica evidente o paradigma metafísico moderno impregnado na jurisdição pátria. Ministro do Superior Tribunal de Justiça exige que se aceitem decisões fundamentadas na consciência do julgador e pretende que se “consolide” o entendimento de que se decide “assim, porque pensam assim”, ainda, vai além para dizer que não importa o pensamento da doutrina, a quem ele não se submete. Contra isso, Streck (2012, p. 264) insurge-se: “A doutrina deve doutrinar sim. Este é o seu papel”, e Luiz (2013, p. 59), ao comentar essa passagem, aduz: “(...) demonstra a prevalência, na jurisdição, da filosofia da consciência. (...).Tudo isso mostra, antes de tudo, que o problema é paradigmático”.

Ainda sobre o julgado, o Ministro concedeu em entrevista nos seguintes termos: “decido de acordo com a minha consciência de julgador e o meu entendimento pessoal, como previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil.”

Diante da qual, Streck (2015, p. 25), cirurgicamente, denuncia o problema: “necessariamente, paradigmático”.

Cumprir analisar o artigo 131 do Código de Processo Civil (1973), que assim dispõe:

Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Eis o fundamento legal pelo qual se sustenta o pensamento majoritário da Magistratura brasileira, ou, nas palavras de Streck (2015, p. 25-26), “estar compromissado apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros”. Ao longo dos anos, foi se “aprimorando” a jurisprudência no entorno desse artigo para conferir o máximo de “liberdade” para o ato de julgar, tendo como consequência a inovação do “princípio do livre convencimento motivado”, invocado em diversos julgados, a conferir:

O juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador a solução por ele considerada pertinente ao caso concreto, segundo o **princípio do livre convencimento** fundamentado, positivado no art. **131** do CPC. (AGINT NO RESP 1529360 / RS, grifo do autor)

O julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. (AGRG NO ARESP 763334 / SP)

O art. **131** do CPC consagra o **princípio do livre convencimento** motivado, segundo o qual o Juiz é **livre** para apreciar as provas produzidas, bem como para decidir quanto à necessidade de produção ou não das que forem requeridas pelas partes, podendo, motivadamente, indeferir as diligências que reputar inúteis ou protelatórias. (AGRG NO RESP 1557191 / SC, grifo do autor)

Como visto, o alegado princípio serve tanto para “fundamentar” sentença independente dos argumentos lançados pelas partes, bem como para negar produção probatória. Assim, a verdade advém de um “sujeito solipsista” que a “estabelecerá a partir da sua consciência”, o que “exsurge, por exemplo, da produção de prova ex officio e da prevalência de princípios (sic) como o do ‘livre convencimento do juiz’ e ou ‘livre apreciação da prova’” (STRECK, 2015, p. 65).

Ainda sobre o tema, “outro sintoma do ‘decidir conforme à consciência’ está na força do princípio (sic) do ‘livre convencimento’” (STRECK, 2015, p. 53). Mais:

É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo ‘decido conforme minha consciência’ – é uma construção filosófica que deita suas raízes (...) como ponto de partida o cogito ergo sum de Descartes, passando (...) pelo eu transcendental de Kant (...). (STRECK, 2015, p. 65).

Repise-se, quando “falamos em livre convencimento ou livre apreciação da prova inegavelmente estamos tratando do paradigma filosófico instituidor da modernidade.” (STRECK, 2016)

Afinal, “de que adianta motivar o consequente se deixo livre o antecedente?” (STRECK, 2016), ou seja, o fato do “livre convencimento” ser motivado, em nada importa, uma vez que a motivação somente surge após o convencimento não a implicando em nada.

Neste sentido, também, necessário trazer à baila as sentenças que invocam a derivação do termo “sentire”, atribuindo-o a conotação de decisão enquanto sentimento. Exemplifique-se nos seguintes termos:

(...) Não há prova provada que se baste. **O ato de sentenciar, que deriva do latim *sentire*, é a arte de administrar todas as circunstâncias constantes dos autos.**

Enfim, **foi-se o tempo das sentenças matemáticas que refletiam o resultado das tabelas em que se atribuía pontos às provas, estabelecendo verdadeira tarifa. Hoje vige o sistema da persuasão racional** (...) (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70033689886, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ALZIRFELIPPESCHMITZ, JULGADO EM 03/12/2009, grifo nosso)

(...) porque o magistrado singular, que tem contato mais direto com as partes é tocado diretamente em sua sensibilidade, **em seu sentir, em seu sentire (daí, sentença)** (...) (TJ-RJ - APL: 00366831620098190002 RJ 0036683-16.2009.8.19.0002, Relator: DES. LUCIA HELENA DO PASSO, Data de Julgamento: 12/02/2014, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 31/03/2014 14:56, grifo nosso)

(...) no sentido de que as partes levam ao conhecimento do Estado-juiz as evidências da existência de um fato para, a partir dele, **o juiz sentir (sentença vem do verbo sentire)** com quem está a verdade substancial (...) (TJ-SP - AI: 20685026920148260000 SP 2068502-69.2014.8.26.0000, RELATOR: BERETTA DA SILVEIRA, DATA DE JULGAMENTO: 07/05/2014, 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/05/2014, grifo nosso).

Tal expressão deixa claro o protagonismo judicial; a abertura à discricionariedade do “sentimento” do julgador. Streck (2014b), neste sentido, aduz:

Decidir conforme o sentimento, como se sentença viesse de *sentire* (como isso é ainda repetido por aí) é sempre um jogo perigoso, porque não depende de um *a priori* compartilhado ou de uma estrutura discursiva que respeite a tradição hermeneuticamente reconstruída. Depender do “sentir individual” é dar um passo para trás, filosoficamente falando. Trata-se de um *behaviorismo* interpretativo. Decidir conforme o sentir pessoal é ignorar os paradigmas filosóficos e os filósofos responsáveis pelos câmbios e giros paradigmáticos (...).

Luiz (2013) complementa que atualmente se “decide por sentimento e não por julgamento, por intuição (...) o impulso vital para a decisão judicial é um senso intuitivo”. Ora, nada mais discricionário ou pessoal que o próprio sentimento, e, em sendo (n)isso o fundamento da decisão, de tudo pode se esperar nos julgados.

Tudo isso reflexo do paradigma da subjetividade, o que torna “possível perceber (...) a (forte) presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência (...) tal concepção é ainda dominante na doutrina brasileira” (STRECK, 2014a, p. 121).

Resta claro, assim, que a jurisdição pátria orienta-se primordialmente na discricionariedade filiada “ao pensamento de Kelsen, (...) de que a decisão é um ato de vontade do julgador. (...) Típico de uma doutrina neokantista” (LUIZ, 2013, p. 47), bem como, a partir “do sujeito solipsista da modernidade – tendo por base as formulações de Descartes e Kant” (LUIZ, 2013, p. 54).

2.2 Reflexos da discricionariedade praticada pelo Judiciário Brasileiro, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973

Identificada a presença do Livre Convencimento Motivado nas decisões judiciais, acompanhadas de expressões que reafirmam a filosofia da consciência enquanto paradigma dominante no Direito, torna-se importante visualizar os reflexos práticos desses entendimentos solipsista que paira nos Magistrados atuantes neste país.

Sob este argumento, deixa-se, por exemplo, de analisar-se liminar em mandado de segurança, em decisão emblemática, tal qual o voto do ministro do Supremo Tribunal de Justiça exposto na abertura deste capítulo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. PREJUÍZO REPARAVEL.DENÉGAÇÃO DO 'WRIT'.A APRECIÇÃO DA MEDIDA LIMINAR, NO MANDADO DE SEGURANÇA DE ORIGEM, CABIA NO PODER DISCRICIONARIO DO MAGISTRADO, NÃO REVELANDO, SUA DENEGAÇÃO, OFENSA A LEGALIDADE. PRESENTE, ALEM DISSO, A POSSIBILIDADE DO IMPETRANTE OBTER A REPARAÇÃO DE PREJUÍZOS QUE VENHAM A OCORRER, DESCABE TAMBÉM POR ISSO, A CONCESSÃO DA SEGURANÇA POSTULADA CONTRA O ATO DO JUIZ.⁶

Julgado autoexplicativo que evidencia sobremaneira o grau de solipsismo praticado pela Magistratura pátria, ao simplesmente considerar discricionária a necessidade de julgar pedido liminar em mandado de segurança impetrado.

Luiz (2013) sintetiza nos seguintes dizeres: “ou seja, o juiz analisa o pedido de liminar se quiser e, querendo, defere ou indefere, ao seu alvedrio”.⁷

Inobstante a pretensa possibilidade de não analisar um pedido, encontra-se também decisões desconsiderando requisitos para admissibilidade de recursos, a fim de que possam ser processados. Veja-se, agora, ao contrário da decisão acima referida, a Magistrada vai desprezar exigência legal a fim de que o caso seja analisado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. PROVA DIABÓLICA. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1 - Em homenagem ao princípio da instrumentalidade, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada pode ser suprida por outro instrumento hábil a comprovar a tempestividade do agravo de instrumento.

2 - Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.

3 - Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do CPC. Agravo a que se nega provimento.⁸

⁶(TRF-4 - MS: 6246 SC 91.04.06246-9, Relator: SILVIO DOBROWOLSKI, Data de Julgamento: 19/11/1991, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/05/1992 PÁGINA: 11385)

⁷ (LUIZ, 2013, p. 58).

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial, nº 1187970/SC

No aludido acórdão, a Ministra Relatora Nancy Andrihi reconhece a exigibilidade de certidão da intimação da decisão agravada do artigo 525, I, do Código de Processo Civil (1973), para fins de admissibilidade do Agravo de Instrumento, entretanto, considera o comando legal um “formalismo excessivo e despropositado”, em suas palavras.

Para fundamentar a sua decisão contrária ao disposto no Código Processual, invoca os “deveres de cooperação e de lealdade processuais” em seu voto.

Não bastasse essa flexibilização legal, o curioso é que a mesma Ministra, quatro meses após o julgamento acima referido, prolate voto para manter decisão que negou seguimento a Agravo de Instrumento por ausência de formação:

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO DO AGRAVO. FALTA DE PEÇA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA. ÔNUS DO AGRAVANTE.
- É imprescindível o traslado de todas as peças essenciais à formação do agravo.
- A mera alegação de cópia integral dos autos não supre a ausência de peça obrigatória.
- Agravo no agravo de instrumento não provido.⁹

Neste segundo voto, a Ministra considera “necessária e indispensável, na formação do instrumento de agravo, a juntada das cópias do acórdão recorrido e da respectiva certidão de intimação [e cita outros documentos](...)”, a despeito de que tenha sido juntada cópia integral do processo, inclusive com certidão de publicação de relação de edital.

Ainda destaca que “a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido (...) que deve conter todas as peças obrigatórias no momento de sua interposição”, em total confronto com o que havia decidido há pouco tempo.

Finda o seu voto afirmando “a importância do aspecto formal em matéria processual não a serviço do formalismo, mas sim a serviço da segurança das partes e resguardo do devido processo legal”, de forma que considera “imperioso é reconhecer que a inadequada formação do agravo de instrumento justifica o juízo negativo de admissibilidade do recurso”.

A incoerência é flagrante e estarrecedora. Uma mesma Ministra ora fala em excesso de formalismo, o que até mesmo considera despropositado, para, quatro

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento, n 1354173/SC

meses após, sobre o mesmo assunto, decidir pela exigência do rigor previsto na lei que acabara de afastar!

Neste diapasão de inconsistência jurídica, encontram-se divergências também no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao decidir sobre a concessão de tratamento médico conhecido como Oxigenoterapia Hiperbárica.

Buscando-se decisões da Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública acerca do assunto, percebem-se decisões negando provimento à concessão do tratamento. Para melhor ilustrar:

Ementa: RECURSO INOMINADO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. O Direito à Saúde, consolidado na Ordem Constitucional Vigente como Direito Social - Direito Fundamental de Segunda Dimensão - , ganha especial relevo quando se identifica, in concreto, com o núcleo garantidor do mínimo existencial. De forma que, por critério de inafastável razoabilidade, exige dos órgãos estatais responsáveis pela realização das políticas públicas positivas a mitigação da cláusula da reserva do possível, preservando-se, em favor dos administrados, a intangibilidade do direito à vida digna. Sendo o caso de irrazoável omissão estatal à garantia da preservação do mínimo existencial, legítima é a intervenção e o controle pelo Poder Judiciário, conforme já assentado no julgamento da ADPF nº 45, pelo STF. Todavia, inexistindo comprovação científica da eficácia do procedimento postulado para o tratamento da doença que acomete a parte agravante, conforme pareceres técnicos do CREMEC (parecer nº 18/2004) e CREMEPE (parecer nº 3432/2011), não há razão para coagir o demandado a custeá-lo, sobretudo quando o caso concreto revela que o médico subscritor da receita do procedimento atua na única clínica que fornece sessões de oxigenoterapia hiperbárica na região. Assim, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95 e em atenção aos critérios de celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual elencados no artigo 2º da mesma lei, confirma-se a sentença em segunda instância, stando apenas da ata, com fundamentação sucinta e dispositivo, servindo de acórdão a súmula do julgamento. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. VENCIDA A VOGAL, DRA. ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS. (RECURSO CÍVEL Nº 71005852082, SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA, TURMAS RECURSAIS, RELATOR: MAURO CAUM GONÇALVES, JULGADO EM 26/08/2016)

Ao decidir, o Ministro Relator reproduz a sentença de primeiro grau, cujo fundamento parte do questionamento acerca do atestado médico oriundo da única clínica que fornece o procedimento na Comarca de origem, pelo que, o Magistrado não vislumbra “justificativa plausível” para aquele tratamento, nem considera provado que “não existem alternativas menos dispendiosas aos cofres públicos”.

Prossegue a decisão invocando “a teoria da reserva do possível” em consonância com “os princípios da universalidade, isonomia e igualdade na prestação”.

Concluindo, portanto, após afirmar categoricamente que o tratamento “sequer tem comprovação científica de êxito”, pela manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do procedimento sob comento.

Cabe frisar que não se trata de uma decisão isolada, que poderia ter sido fruto de um atestado médico realmente incompleto ou descabido, na medida em que o resultado se repete em outros julgados provenientes daquela Turma, como por exemplo os seguintes agravos de instrumento:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. INFECÇÃO EM PARTES MOLES NO MEMBRO INFERIOR DIREITO (CID 10: L 03.9 E M 60.9). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. O Direito à Saúde, consolidado na Ordem Constitucional Vigente como Direito Social - Direito Fundamental de Segunda Dimensão -, ganha especial relevo quando se identifica, in concreto, com o núcleo garantidor do mínimo existencial. De forma que, por critério de inafastável razoabilidade, exige dos órgãos estatais responsáveis pela realização das políticas públicas positivas a mitigação da cláusula da reserva do possível, preservando-se, em favor dos administrados, a intangibilidade do direito à vida digna. Sendo o caso de irrazoável omissão estatal à garantia da preservação do mínimo existencial, legítima é a intervenção e o controle pelo Poder Judiciário, conforme já assentado no julgamento da ADPF nº 45, pelo STF. Inexistindo comprovação científica da eficácia do medicamento postulado para o tratamento da doença que acomete a parte agravante, conforme parecer técnico por profissional do DMJ, não há razão para coagir o demandado a custeá-lo. Não demonstrados, no caso concreto, os requisitos elencados no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da decisão neste recurso impugnada, sobretudo a verossimilhança do direito alegado, deve ser mantida a denegação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 71005960349, SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA, TURMAS RECURSAIS, RELATOR: MAURO CAUM GONÇALVES, JULGADO EM 26/04/2016)

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Os requisitos autorizadores da medida antecipatória (art. 273 do cpc), quais sejam, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a comprovação, de plano, da verossimilhança das alegações da parte, não estão presentes, visto que não há nos autos comprovação da urgência para a realização do tratamento com oxigenoterapia hiperbárica, sendo ele coadjuvante do procedimento clínico e cirúrgico, conforme laudo médico. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 71005829502, SEGUNDA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA, TURMAS RECURSAIS, RELATOR: ROSANE RAMOS DE OLIVEIRA MICHELS, JULGADO EM 30/03/2016)

Para dirimir qualquer dúvida, importante consignar que somente a Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública (consoante julgamento acima colacionado) e a Quarta Câmara Cível¹⁰ questionam laudos médicos subscritos por profissional vinculado à clínica que forneça o tratamento, em suas ementas, à exceção de um julgado proveniente da Terceira Câmara Cível que refere esse ponto indicando discrepância no orçamento então apresentado.

Ainda, nos casos constantes no rodapé provenientes da Quarta Câmara Cível contêm atestado de médico desvinculado da clínica particular que potencialmente forneceria o tratamento reiterando o parecer daquela instituição pela aplicação da Oxigenoterapia Hiperbárica ao caso.

Por fim, acerca desse ponto controverso, registra-se que são encontrados 715 resultados para a pesquisa “Hiperbárica Medicamento” no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹¹, o que por si só já significaria ser extremamente improvável que todos os casos com laudos médicos vinculados às clínicas especializadas no tratamento se resumissem aos poucos acima referidos, ou que só fossem encaminhados àquelas Câmaras e Turmas Recursais.

Mesmo assim, em rápida análise do teor de alguns julgados já se percebe a ocorrência desses laudos especializados (oriundos de clínicas particulares) em consonância com atestados de médicos sem vinculação com esses estabelecimentos, a bastar para o “convencimento” dos Magistrados, de forma a nem constar em ementa.

Para análise:

No caso, conforme documentos firmados pelo especialista em Oxigenoterapia Hiperbárica Fabrício Valandro Rech (CRM 23.141) e pelo médico Luís Fernando Ribas Lemos (CREMERS 18.842), este, assistente da autora junto à rede pública de saúde, mais precisamente no Hospital Municipal de Campinas do Sul, apresenta “feridas abertas em membros inferiores direito e esquerdo há 02 anos que não cicatrizam”, sendo-lhe prescrito tratamento com 40 SESSÕES DE OXIGENOTERAPIA HIBERBÁRICA (fls.15/16), tendo em vista que não houve resposta alguma aos tratamentos convencionais.

¹⁰70063983282, 70056901002, por exemplo.

¹¹Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=hiperbarica+medicamento+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=hiperbarica+medicamento+cl%C3%ADnica&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 set. 2015.

De acordo com o médico Luís Fernando Ribas Lemos, a autora é portadora de “úlceras de pressão na perna esquerda e pé direito CID 10 L89”, “necessita realizar oxigenoterapia hiperbárica (40 sessões) porque outros tratamentos não deram resultado, a eficácia deste procedimento para esses casos é excelente e necessita este procedimento exclusivo como última tentativa de cura”, “já foram vários tratamentos clínico-medicamentoso e não teve êxito na melhora das lesões” e “se não realizar a oxigenoterapia hiperbárica, como última opção de tratamento, as lesões abertas não cicatrizarão e aumenta o risco de infecção em membros inferiores.” (fl. 16).

Ainda, discorre em seu laudo o médico Fabrício Valandro Rech (CREMERS 23.141), do Centro Sul Brasileiro de Medicina Hiperbárica, para onde o facultativo assistente encaminhou sua paciente: “Paciente procurou nosso serviço de Medicina Hiperbárica com indicação de oxigenoterapia hiperbárica (OHB) por apresentar feridas abertas em membros inferiores direito e esquerdo há 02 anos que não cicatrizam. A paciente fez diversos tratamentos clínicos, tratamento cirúrgico com retirada de varizes, curativos diversos, sem resolução e com piora do quadro.” (fl. 15).¹²

A corroborar, ainda, a tese de que lá no caso julgado pela Segunda Turma Recursal não se tratava apenas de um caso isolado de um atestado médico incompleto e vinculado a uma clínica particular especializada na área, é que na própria decisão referem a existência de outros laudos, afinal: “levando-se ainda em consideração que o médico subscritor de **um dos laudos** fl. 21 é integrante da clínica particular que realizaria o procedimento” (grifo do autor).

Por outro lado, consultando as decisões proferidas pela (Primeira) Turma Recursal da Fazenda Pública acerca desta matéria, percebe-se a concessão do tratamento pleiteado como regra:

Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DENOMINADO 'OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA'. DIREITO EVIDENCIADO. COMPROMISSO CONSTITUCIONAL. Trata-se de ação de obrigação de fazer na qual postula a parte autora a condenação do requerido ao fornecimento de tratamento denominado 'oxigenoterapia hiperbárica', julgada improcedente na origem. A Carta Política Federal (CF/88) e a Estadual (CE/89) foram explícitas e expressas em garantir o direito à vida e à saúde ao afirmar que a saúde é DIREITO de todos e DEVER DO ESTADO, sem qualquer limitação ou restrição, garantida por políticas públicas sociais e econômicas, de tal modo que é garantido também o ACESSO UNIVERSAL, isto é, alcançável a todo cidadão. O conjunto de ações e as políticas públicas adequadas ao cumprimento do mandamento Constitucional é tarefa do Administrador e do Executor das Cartas Constitucionais e da legislação infraconstitucional. O não fazer ou o fazer mal e incompleto é ônus e encargo Administrativo que não implica, é bom que fique desde logo registrado, em obnubilar ou diminuir o direito do cidadão, do indivíduo ou da população, muito menos mitiga a tarefa do Poder Judiciário, enquanto Guardião do Sistema Legislativo e Constitucional

¹²(Apelação Cível Nº 70066573932, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 11/11/2015)

em vigor. Essa é uma responsabilidade do Gestor Público da qual não pode se demitir, até porque a legislação assim o determina. Desta feita, a sentença merece reforma, para que seja julgada procedente a ação. RECURSO INOMINADO PROVIDO (RECURSO CÍVEL Nº 71005829155, TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA, TURMAS RECURSAIS, RELATOR: NIWTON CARPES DA SILVA, JULGADO EM 15/07/2016)

Inclusive, tendo como origem do processo a mesma comarca (Erechim) originária da decisão da Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública analisada acima.

Entretanto, desta vez, o julgador fala que “a saúde é direito fundamental do ser humano”, afastando qualquer pretensão de argumentos fundados na melhor administração pública dos recursos: “de nada serve a surrada e requentada alegação defensiva de ausência de verba”.

Outrossim, e a confirmar o entendimento desta turma sobre a matéria, constata-se decisões concedendo o referido direito em sede de antecipação de tutela, nos seguintes termos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. - Na hipótese, restaram comprovados os requisitos necessários ao deferimento da medida antecipatória, posto subsistir, nos autos, prova inequívoca do direito que se requer e, ainda, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em caso de postergação do provimento jurisdicional pleiteado prima facie. Pressupostos encartados no artigo 273 do CPC/73, que restaram referendados pela dicção do artigo 300 do NCPC, referentemente à Tutela de Urgência. - Quanto ao tratamento médico em questão, Oxigenoterapia Hiperbárica, embora tenham sido juntados aos autos elementos que demonstrariam a ausência de comprovada eficácia científica, em consulta ao Sistema Themis, verifica-se que, nos autos originários, houve juntada de novo laudo médico, atestando que o tratamento garantido pela medida antecipatória em apreciação está sendo eficaz para a moléstia que acomete a Parte Agravada, razão pela qual, tratando-se de medida precária, tenho por sua confirmação nesta sede. - Prejuízo ao ente público que se verifica muito menor do que pode resultar eventual revogação da antecipação à parte agravada. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 71005898093, TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA, TURMAS RECURSAIS, RELATOR: THAIS COUTINHO DE OLIVEIRA, JULGADO EM 25/08/2016)

Cristalina decisão que reitera os fundamentos lançados no recurso anteriormente analisado, demonstrando que se trata de posicionamento firmado por aquela Turma Recursal.

Impossível não concluir que a concessão do tratamento Oxigenoterapia Hiperbárica depende do sorteio da Turma Recursal que vai julgá-lo. Aqui estão as

situações que ensejam a perplexidade do jurisdicionado ao ver sua demanda negada enquanto outro colega (amigo, vizinho, parente, conhecido ou o que for) obteve êxito no pedido, ou vice-versa.

Parece um cenário bem ilustrativo dos prejuízos que as divergências jurisprudenciais podem ocasionar aos seus jurisdicionados.

São contra essas situações que insurge-se parcela da doutrina, em especial aquela aqui utilizada como suporte do presente estudo.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A NECESSIDADE DA SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

3.1 Análise do novo Código de Processo Civil sob o prisma dos fundamentos da decisão

Da análise de algumas decisões proferidas nos tribunais pátrios, observa-se a necessidade da superação do paradigma que orienta a forma de julgar no direito brasileiro.

Em vista disso, o novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016, procurou romper com esse paradigma da consciência “ao excluir o livre convencimento de seu texto”, com “a nova redação dada ao art. 131, atual art. 489, que tratou de estabelecer critérios que devem estar presentes na fundamentação da decisão judicial”, conforme aduz Streck (2015, p. 33).

O referido artigo assim dispõe:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.¹³

Importa ressaltar que, com a retirada do “artigo 380 do Projeto oriundo do Senado, que dizia que ‘a confissão extrajudicial será livremente apreciada pelo juiz’”, Streck (2015, p. 33) considera “a eliminação do livre convencimento” na novel legislação processualista.

¹³ BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

Outrossim, Câmara aponta para “o rompimento do “protagonismo judicial”” no aludido código, “menos ativista e mais policêntrico”, enfim, “em um novo paradigma”¹⁴.

Para que fique claro, não há que se falar em manutenção do livre convencimento motivado, nem sob o pretexto dos artigos 371 e 372 falarem em “convencimento” e “atribuindo-lhe valor que considerar adequado”¹⁵, ao tratarem da valoração probatória pelo juízo, como pretende Gajardoni¹⁶, uma vez que como bem assevera Delfino “o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC”, afinal, “alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade”, o que o tornaria inviável acolher a ideia do “princípio do livre convencimento”, o qual ancora-se “no paradigma da filosofia da consciência (...) onde julgadores valoram a prova a seu bel-prazer (ainda que motivadamente) e “decidem assim porque pensam assim”.¹⁷

Ao analisar a apreciação da prova, Didier afirma que “o silêncio do novo CPC é eloquente, ao retirar o advérbio “livremente””, para considerar que “o novo CPC abandona a referência ao livre convencimento motivado”¹⁸.

Com isso, “não poderá o juiz ou tribunal referir que a ‘decisão x foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento””, ou seja, não serão mais aceitáveis decisões nas quais o juiz fundamenta que “julgou segundo sua consciência”, conforme aponta Streck (ibidem).

Assim, “Em termos linguísticos e filosóficos, o CPC/2015 trouxe aperfeiçoamentos redacionais”, ainda, “visam promover a maior homogeneização das teses jurídicas (...) evitando a loteria judiciária”¹⁹. Nota-se, portanto, uma preocupação do legislador em promover a tal mudança paradigmática requerida por Streck, e referida ao longo de sua obra.

Em entrevista publicada on-line, Dierle Nunes e Lênio Streck avisam que a palavra chave do novo CPC é “previsibilidade”, para tanto, “A superficialidade dos julgamentos e a anarquia interpretativa são apenas alguns dos problemas do trato do direito jurisprudencial entre nós. E, em face disso, o CPC-2015 cria um modelo

¹⁴ CÂMARA, 2015.

¹⁵ BRASIL, 2015.

¹⁶ GAJARDONI, 2015.

¹⁷ DELFINO, 2015.

¹⁸ DIDIER apud, COUTINHO, 2015.

¹⁹ LEITE, 2015.

altamente dialógico de formação destas decisões e impõe o respeito à estabilidade, coerência e integridade...”.²⁰

Neste sentido, talvez o artigo mais exemplificativo seja o 926, em especial seu *caput*, que assim dispõe:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Em análise sobre o tema, Didier afirma que “tribunal não possa ser omissor diante de divergência interna (...) sobre a mesma questão jurídica”, devendo, a partir do §1º do artigo 926 “sintetizar a sua jurisprudência dominante, sumulando-a”.

Ainda, o referido doutrinador é enfático ao afirmar “há o dever de coerência e há o dever de integridade”, “muito ligado às ideias de Dworkin”²¹, as quais serão melhor detalhadas no presente ao tratar da teoria da decisão judicial do Lênio Streck.

Ainda neste ponto, imperioso atentar para o artigo 10 do Código Processual, o qual “adota desde sua redação original a garantia do contraditório como garantia de influência e não surpresa”²². Para Streck, “é a partir do art. 10 e do dispositivo que estabelece a coerência e a integridade (art. 926) que temos de ler o restante do CPC/15”.²³

Não apenas isto, há de se cuidar para não “cair em uma armadilha hermenêutica”, afinal sem um olhar hermenêutico, o CPC/15 corre o risco de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, (...) e no positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes”²⁴.

Para evitar tal “armadilha”, o referido doutrinador aposta no “caráter dworkiniano (...) da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade (...)

²⁰ NUNES, Dierle; STRECK, Lênio. Lenio Streck e Dierle Nunes analisam mudanças trazidas pelo novo CPC. *Consultor Jurídico*, 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/lenio-streck-dierle-nunes-analisam-mudancas-trazidas-cpc>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

²¹ DIDIER, Fredie.

²² STRECK, 2016. .

²³ STRECK, 2016.

²⁴ STRECK, 2016.

que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica”.²⁵

Entretanto, alerta-se para a resistência de parte da comunidade jurídica perante a novidade, em especial, a Magistratura. Também em artigo, Dierle Nunes e Lúcio Delfino comentam o evento realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) que resultou em diversos enunciados acerca do novo Código de Processo Civil, cujo enfoque foi de “flexibilizar amarras tidas como muito rígidas impostas aos magistrados em várias situações pelo novo modelo de processo participativo”, diante do que os aludidos autores “desabafam”: “(..) a palavra flexibilizar é imprópria, pois o que consta ali é a tentativa patente de limitar, por intermédio de uma estratégia institucional extralegal, as possibilidades democráticas de um comando normativo correspondente a um dos alicerces desse novo CPC. (...) Para nós brasileiros a lei é nada mais que mera sugestão. (...) O texto legal diz mas a magistratura desdiz. E assim seguimos, caminhando para trás.”

Ou seja, de nada adianta modificar a legislação processual, se a magistratura seguir decidindo conforme “sua consciência”, ou pretendendo ainda persistir o “livre convencimento motivado”. E contra isso alertam os autores, ainda no artigo anterior, que “sobra à doutrina o papel central de apontar incoerências, na tentativa, quem sabe, de corrigir, por pouco que seja, as dificuldades vislumbradas no horizonte e gerar o constrangimento epistemológico necessário.

Alerta, também para a questão, Câmara, ao convocar todos envolvidos no âmbito jurídico para buscarem a aplicação do novel código sob o novo prisma filosófico:

Se estamos partindo de um novo sistema processual, idealizado em novéis postulados hermenêuticos com ruptura de paradigmas, é preciso que se interpretem os dispositivos criados também com novos olhos.

Não se poderá pensar o CPC/2015 com a mesma cabeça que conduziu as interpretações do CPC atual. E, neste ponto, a advocacia deve alinhar esforços com os magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, procuradores e demais operadores do Direito para a consolidação de um procedimento mais participativo e policêntrico.²⁶

Ora, de nada adianta o Legislativo cumprir seu papel apresentando novo Código de Processo Civil proposto à virada linguística filosófica, se os

²⁵ STRECK, 2016.

²⁶ CÂMARA, 2015.

intérpretes aplicadores do Direito não se livrarem das amarras do paradigma moderno, de forma que O texto, (...) colocará desafios hermenêuticos para intérpretes, advogados, magistrados e docentes”, ou seja, “será necessário atualizar nosso modo de compreender, interpretar e aplicar o Direito”.²⁷

3.2 Teoria da Resposta Adequada à Constituição por Lênio Streck, propondo a superação do decisionismo judicial.

Como referido acima, em que pese as inovações hermenêuticas apontadas no novo CPC, é necessária uma atualização paradigmática ao aplicar-se o Direito.

Principalmente a partir da viragem linguística já apresentada no primeiro capítulo do presente trabalho em consonância com os postulados de Dworkin, Streck formulou sua Teoria da Resposta Adequada à Constituição.

Afinal, “uma teoria meramente descritiva, que não se preocupa com a questão de como o Direito é aplicado, constrói, (...), um belo castelo, sem, contudo, serventia alguma”²⁸, crítica que Vieira Luiz atribui a Kelsen, segundo o qual forma uma teoria sofisticada, mas relega a aplicação do Direito à vontade do Juiz.

Outrossim, teorias de aplicação de métodos a fim de guiar a interpretação do juiz esbarram no paradigma moderno, vinculado ao esquema sujeito-objeto, cujo objetivo seria o de alcançar a essência da coisa; da lei. Streck assim denuncia:

Vê-se, pois, que, de uma maneira ou outra, expressivos setores da doutrina brasileira trabalham (ainda) na perspectiva de que o processo interpretativo possibilita que se alcance “o sentido exato da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc.²⁹

Justamente contra isso, ao trazer a invasão da linguagem na filosofia para o Direito, perde-se a busca pela metodologia e subsunções para análises, afinal, “o conhecimento não deriva de uma relação entre sujeito e objeto, que necessitaria de um método próprio para ser descrito”.³⁰ Streck é enfático nesse ponto:

Frise-se: o método morreu porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (*locus dos sujeitos solipsista – Sulbstsüchtiger*). Ora, o

²⁷ RIBEIRO, 2014.

²⁸ LUIZ, 2013, p. 125-126.

²⁹ STRECK, 2014a, p. 157.

³⁰ LUIZ, 2013, p. 140.

método soçobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso! (grifos do autor)³¹

Com efeito, pra falar de uma resposta correta, é necessário apoiar-se em Dworkin que considerava imprescindível a integridade e a coerência no Direito.

A começar pela primeira, o referido autor traçava um paralelo com a literatura, ao afirmar que caso designassem um autor diferente para cada capítulo de um romance a ser escrito, cada escritor deveria fazer a sua parte em conformidade com os capítulos anteriores, “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”³², de forma a não haver margem para interpretações ou intenções desarmônicas das que o procederem.

Neste sentido, ao julgar, o Juiz deve estar familiarizado com a história do Direito, ou seja, com as aplicações principiológicas anteriores e, então, “deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”³³. Assim, a interpretação judicial é a análise das práticas já realizadas naquele sistema jurídico; “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”³⁴.

Antes de avançar, importante lembrar a distinção que Dworkin faz de Argumentos de política e argumentos de princípio, onde o primeiro justifica uma decisão política, em prol de um objetivo coletivo da comunidade, enquanto o segundo corresponde a uma decisão política que procura favorecer um direito de um indivíduo ou grupo. “Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece o ‘direito’, a política é um padrão que estabelece uma ‘meta’”.³⁵ Sendo, então, este argumento de princípio a ser buscado na integridade do Direito.

Para ilustrar esse conceito, o autor norte-americano formula um juiz ideal que nomeia Hércules, o qual teria conhecimento de toda história jurídica, além de uma percepção social e moral coletiva sobre-humana, e, a partir disso, formaria decisões atinentes a coerência e integridade.

³¹ STRECK, 2012, p. 487.

³² DWORKIN, 2007, p. 276.

³³ DWORKIN apud LUIZ, 2013, p. 174.

³⁴ DWORKIN apud STRECK, 2012, p. 352.

³⁵ MOTTA, 2016.

A despeito de ocasionais confusões interpretativas sobre o personagem, apontadas por Lênio Streck³⁶, o “juiz Hércules” se trata de uma metáfora que objetiva a superação do sujeito assujeitador moderno, oriundo da filosofia da consciência. Nesta acepção, assevera Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. [...] de tal forma que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer [...] não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica.³⁷

Não muito diferente é a coerência estipulada pelo autor americano: “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”³⁸.

Disso reside um ponto de contato do doutrinador americano com a filosofia de Gadamer, adotando o conceito prévio de compreensão que limita a interpretação, a qual será atrelada à história jurídica, utilizando-se muito da tradição do círculo hermenêutico gadameriano.

Introduz-se o Ser-aí conhecedor de si mesmo, e, portanto, de suas limitações de pré-conceitos e pré-juízos, buscando no círculo hermenêutico a revisão destas antecipações de sentido para chegar ao “conhecimento do todo (Direito), deixando que a alteridade do texto (constitucional) guie tal processo”³⁹.

Imperioso retornar aos conceitos apresentados no capítulo inaugural, em especial na sua segunda parte, para destacar a incidência do círculo hermenêutico a fundamentar a teoria integrativa de Dworkin, e, juntas, aplicarem-se na Resposta Adequada à Constituição de Streck.

Relembrando brevemente a ideia gadameriana da pré-compreensão inerente ao ser, a partir de seus preconceitos (limites de compreensão), que deverão ser contrapostos ao texto (evento) a ser interpretado numa virtuosidade de ir e vir

³⁶ Ver pós-posfácio de *Hermenêutica e(m) crise*.

³⁷ DWORKIN, 2007, p. 305-306.

³⁸ STRECK, 2014c, p. 337.

³⁹ LUIZ, 2013, p. 178.

fundindo os horizontes, caracterizando o círculo hermenêutico, a fim de chegar na interpretação.

Repise-se, isso restringe a discricionariedade, na medida em que o juiz intérprete não deverá basear-se na sua moral, mas sim na moralidade comunitária (no todo). Resume Streck:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de princípio, e não de política. Dito de outro modo, não se pode 'criar um grau zero de sentido' a partir de argumentos de política (policy), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais⁴⁰

Mas, cuidado, não se pode imaginar que com isso o direito será estático, ou que se encontrarão respostas eternas, isso seria desconsiderar a faticidade e a historicidade inerentes à hermenêutica filosófica aqui utilizada. A temporalidade é condição do Ser-aí, e, portanto da compreensão para, aí sim, a interpretação. Verdade (resposta) eterna é impossível diante da condição de temporalidade, sem a qual não existe Ser-aí, fundamental para o círculo hermenêutico. Seria a volta à metafísica caçadora da essência (eterna) das coisas. Por isso, Streck é enfático:

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodícticas) sequer teria condições de ser garantida.⁴¹

Consegue-se, assim, afastar o decisionismo enraizado no relativismo, uma vez que a pré-compreensão não pode estar separada da tradição (Gadamer), e justamente dessa forma é possível controlar as decisões, enquanto substancialistas (à luz do seu teor) de acordo com a Constituição e coerência e integridade com o Direito praticado naquele local (comunidade).

⁴⁰ STRECK, 2012, p. 546.

⁴¹ STRECK, 2012, p. 572.

Com isso, “a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’⁴².

A busca é pela atualização da teoria do Direito à luz da virada ontológica-linguística ocorrida na filosofia, com o objetivo de destruir (para utilizar o termo de Heidegger) a subjetividade assujeitadora existente no âmbito jurídico que o transformara em produto do que os juízes e Tribunais vinham decidindo.

A essa necessidade Streck formulou a sua teoria da Resposta Adequada à Constituição ora (brevemente, e nos limites do que se propunha) apresentada.

⁴² STRECK, 2012, p. 621.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição brasileira amoldou-se ao longo dos anos sob forte influência do paradigma filosófico moderno, traduzindo-se em discricionariedades e arbitrariedades em decisões, por vezes, completamente extravagantes entre si, ainda que em casos similares.

O retrato desse total assujeitamento do processo é encontrado no Livre Convencimento Motivado que pautou o Processo Civil (para ficar apenas neste âmbito no presente trabalho) durante décadas e embasou julgamentos fundamentados a partir da consciência do julgador.

Essa é, talvez, a principal denúncia apresentada na obra de Lênio Streck: a necessidade de levar a discussão sobre a teoria da decisão judicial ao patamar do paradigma filosófico que a envolve.

Reconhecendo que o Judiciário atualmente decide em conformidade com uma filosofia da consciência originária da metafísica moderna, entende-se a necessidade de superá-la de forma a incorporar às práticas jurídicas brasileiras o que o referido autor denomina como giro ontológico-linguístico ocorrido na filosofia, afinal, o Direito não é imune à filosofia.

Afinal,

Se um Ministro está certo em decidir x por pensar x, e, outro, igualmente correto em decidir y por pensar y, findou-se não só a possibilidade de controle de decisão judicial, mas, principalmente, acabou-se com qualquer espaço para discussão ou outro ato reflexivo, es que cada um possui a “sua verdade indiscutível”, gerada por sua própria consciência.⁴³

Em vista disso, sustenta-se a partir do *linguistturn* a possibilidade de evitar discricionariedades e impor limites às interpretações inerentes do Direito. Não mais se trata de uma escolha pessoal do Juiz orientada pelo seu (livre) convencimento do caso em questão. Com a virada linguística inaugura-se uma nova expectativa na transmissão do sentido da consciência do sujeito para a linguagem, a qual não mais será um acessório da compreensão, mas a própria condição de possibilidade desta, uma vez que é somente a partir dela que os objetos podem ser interpretados.

Sob este enfoque, presencia-se a vigência do Novo Código de Processo Civil desenvolvido já com alguma perspectiva hermenêutica filosófica, em especial, com a retirada da expressão Livre Convencimento Motivado de seus artigos, e

⁴³ LUIZ, 2013, p. 59.

introdução de novos textos a nortear o processo, principalmente, para o caminho da atuação jurisprudencial estável, íntegra e coerente.

Tais conceitos, à luz das obras estudadas neste trabalho, são bem vindas e consonantes também com a teoria da Resposta Adequada à Constituição estudada no final da presente monografia, enquanto proposta para adequação da Decisão Judicial às inovações filosóficas paradigmáticas tratadas anteriormente.

Entretanto, diversos autores atentam para a necessidade de vigilância da comunidade jurídica a fim de que esses pressupostos sejam de fato postos em prática, e não subjetivados pelos (inúmeros) defensores irrestritos da filosofia da consciência, conforme referido na primeira metade do capítulo final aqui redigido.

Com isso, considera-se que foram conquistados avanços na matéria contra a discricionariedade judicial e o Livre Convencimento Motivado, mas ainda pendentes de divergências por diversos setores da doutrina jurídica, em razão do que, se faz necessária a constante atualização e reflexão sobre o tema a fim de solidificar esse novo paradigma hermenêutico filosófico que poderá assentar as decisões judiciais desprendidas de discricionariedade.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro. O novo CPC e seus novos paradigmas. *Migalhas*, 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225419,71043-O+novo+CPC+e+seus+novos+paradigmas>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. O novo CPC e a superação do empoderamento judicial?. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 18, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15309&revista_caderno=21>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DELFINO, Lúcio. Novo CPC e a Razão Com os Hermeneutas. *Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO*, 2015. Disponível em: <<http://www.abdpro.com.br/wp/2016/07/08/novo-cpc-e-a-razao-com-os-hermeneutas/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Editora, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. *Jota*, 6 abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

LEITE, Gisele. A verdade das decisões judiciais ou a filosofia do CPC/2015. *Prolegis*, 6 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/a-verdade-das-decisoes-judiciais-ou-a-filosofia-do-cpc2015/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. Direito ao contraditório e os argumentos de princípio: reflexões sobre a decisão judicial no código de processo civil de 2015. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 173-194.

RIBEIRO, Marcelo. Os desafios hermenêuticos do novo CPC. *Justificando*, 25 dez. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/12/25/os-desafios-hermeneuticos-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014c.

_____. Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?. *Consultor Jurídico*, 5 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis. *Consultor Jurídico*, 6 mar. 2014b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. Uma análise hermeneutica dos avanços trazidos pelo novo cpc. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 144-167, 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/rei/article/view/39/47>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.