

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A (CRISE DE) FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT (THE CRISIS OF) GROUNDS OF JUDICIAL DECISIONS

Marcus Vinicius Pereira Lucas¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O necessário combate à discricionariedade judicial; 2. O Giro Linguístico: a hermenêutica e a analítica como elementos para formação de uma teoria da decisão judicial adequada ao atual paradigma da linguagem e ao Estado Democrático Constitucional; 2.1 A analítica e a justificação como critério que confere legitimidade à interpretação e à aplicação do direito; 2.2 A hermenêutica e a compreensão como critério de legitimidade da *applicatio* do direito; 3. O debate sobre a hermenêutica e a analítica na teoria do direito: possível convergência entre as teorias; 4. A fundamentação das decisões judiciais na égide do Código de Processo Civil de 2015 e a coexistência de critérios hermenêuticos e analíticos para controlar a discricionariedade judicial; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o problema da discricionariedade judicial como algo que compromete seriamente a realização do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se pretende demonstrar que a fundamentação da decisão judicial é que permite afastar o ativismo e a subjetividade. O método empregado neste artigo limita-se à análise doutrinária e, pontualmente, ao final, legislativa. O objetivo é demonstrar que hermenêutica jurídica e filosofia analítica estão inseridas no paradigma intersubjetivo da linguagem pós-giro linguístico e juntas podem contribuir para redução da discricionariedade judicial e conferir maior racionalidade às decisões judiciais, passando pela filosofia hermenêutica de Heidegger, pela hermenêutica filosófica de Gadamer, pelo pensamento pós-positivista de Dworkin e pela correta aplicação das regras de fundamentação e motivação trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Pós-Positivismo; Discricionariedade Judicial; Hermenêutica; Teoria da decisão; Resposta correta.

¹ Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Advogado em São Paulo. E-mail:.mvp.lucas@me.com

ABSTRACT

This article aims to analyze the problem of judicial discretion as something that seriously compromises the realization of the Democratic State of Law, which is why it is intended to demonstrate that the basis of the judicial decision is to remove judicial activism and subjectivity. The method employed in this essay is limited to doctrinal analysis and, in the end, legislative, specially in the Code of Civil Procedure in force. The objective is to demonstrate that hermeneutics and analytics are embedded in the intersubjective paradigm of language in the linguistic turn and together can contribute to reduction of judicial discretion and bring rationality to legal decisions, based on Heidegger's hermeneutics, Gadamer's philosophical hermeneutics, Dworkin's post-positivist thinking and the correct application of the ground rules brought by the new Code of Civil Procedure.

Keywords: *Post-Positivism - Discretion - Hermeneutics - A theory of the judicial decision - Right answer.*

INTRODUÇÃO

Na mais antiga tradição, o termo decisão está relacionado aos procedimentos deliberativos. Partindo-se da premissa de que estes, sob a ótica do indivíduo, são estados psicológicos de suspensão do juízo frente às opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais². A escolha de uma opção em detrimento de outra no âmbito do Estado Democrático de Direito, contudo, não pode ocorrer mediante juízo discricionário, muito menos subjetivo ou de acordo com a consciência do juiz.

Como esclarece Leonard Ziesemer Schmitz, em livro dedicado ao tema da fundamentação da decisão judicial sob a ótica da hermenêutica jurídica, “decidir não é o mesmo que escolher. Decisão implica um ato de responsabilidade política. Não se

² Posição defendida por FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 305.

pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O intérprete não é o proprietário dos sentidos. Portanto, o direito não é o que os tribunais dizem que é”³.

A história do constitucionalismo democrático está marcada profundamente pela luta contra qualquer tipo de manifestação autoritária do poder estatal, o que torna o ativismo judicial, a partir da chamada discricionariedade das decisões judiciais, um problema extremamente relevante para o Constitucionalismo Contemporâneo⁴, pois permitir que a decisão judicial seja transformada em um simples ato de escolha política, é, no mínimo, colocar o regime democrático em risco, principalmente no Brasil, local em que uma tradição política autoritária perdurou por longo período até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho, portanto, pretende analisar, inicialmente, a problemática da discricionariedade judicial e seu impacto na realização do Estado Democrático de Direito. No intuito de contribuir com a discussão atual sobre o papel do juiz no processo, demonstrar-se-á com base em doutrina nacional e estrangeira que a atuação solipsista, de qualquer órgão judicial, é inaceitável no Constitucionalismo Contemporâneo. Em decorrência dessa constatação, o objetivo precípua deste artigo é demonstrar que a fundamentação da decisão judicial é o fator que permite averiguar se o juiz considerou, realmente, o material fático-jurídico produzido pelas partes em contraditório, afastando-se a discricionariedade da decisão judicial, retirando as incertezas do seu conteúdo, formando uma maior segurança jurídica aos litigantes, o que ocorre mediante racionalização na sua fundamentação e não pela mera escolha do juiz sobre qual parte tem razão.

Para tanto, a metodologia empregada na pesquisa será o método indutivo, monográfico, cuja técnica de pesquisa se baseia na legislação processual vigente

³ **Fundamentação das decisões judiciais: A crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: RT, 2015, p. 20.

⁴ cf. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

sobre interpretação e aplicação do direito, bem como sua interação com doutrinas de Teoria Geral do Direito sobre filosofia analítica e hermenêutica jurídica.

Por isso, no segundo capítulo deste trabalho pretende-se traçar as principais características de cada uma das posições doutrinárias acima indicadas, suas respectivas evoluções históricas e contribuições para formação de uma teoria da decisão judicial baseada no racionalismo.

Após traçar esse panorama geral, demonstrar-se-á no terceiro capítulo que a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin, formam, em abstrato, a condição de possibilidade para superar o positivismo pós-exegético e elaborar uma teoria da decisão livre de qualquer tipo de protagonismo judicial.

Ao final, e no intuito de cumprir o objetivo deste artigo, analisar-se-á que o Código de Processo Civil em vigor, ao trazer em seu bojo elementos da hermenêutica e da filosofia analítica, confirma as conclusões hauridas no capítulo anterior no sentido de que a confluência das duas teorias pode constituir instrumento apto a conferir às partes litigantes uma decisão judicial racional, de acordo com o caso concreto e não baseada em standards jurídicos, ao estabelecer em seu art. 489, §1^o, por exemplo,

⁵ "Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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;

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

o manual a ser seguido pelo julgador na formação e fundamentação da decisão judicial, conferindo segurança jurídica ao sistema, afastando não só prolação de decisões padronizadas, aplicáveis a um sem número de casos em abstrato, como a subjetividade do resultado final da demanda.

1 O NECESSÁRIO COMBATE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E AO ATIVISMO DO JUDICIÁRIO

Parece indubitável que atualmente se vive um momento pós-positivista⁶, ao menos em relação ao vetero positivismo, algumas incertezas existem neste ambiente de mudança de paradigma científico. O positivismo jurídico, em sua versão mais radical, na ânsia de purificar o direito da valoração do intérprete – porque não seria objeto de conhecimento científico – acabou não abordando o principal problema do meio jurídico: a arbitrariedade e discricionariedade dos aplicadores na interpretação do direito.

No confronto central ao direito pelo controle do poder, não foram discutidas questões relacionadas à discricionariedade relegada pela margem positivista de interpretação. Duas são as lições extraídas deste movimento. A uma, que o direito, como

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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

⁶ Sobre o uso da expressão pós-positivismo, cf. CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-84.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

manifestação de poder, não pode construir a sua legitimidade exclusivamente na autoridade do aparato estatal de coercitivamente fazer cumprir as suas decisões, sob o risco de ruína do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito.

O impacto do neoconstitucionalismo na construção dos modelos de Estado contemporâneos impede que o poder estatal seja exercido mediante total desconsideração da preservação dos direitos e garantias fundamentais da população. É justamente esta novidade, a parcela constituinte nomostática das constituições atuais, que vê nos direitos fundamentais critério de validade das demais normas, limites e vínculos, que abala as premissas mais importantes do modelo positivista dito anterior⁷.

A duas, não é mais possível deixar de lado a maior das conquistas positivistas, que reside em desvelar a artificialidade do direito,⁸ produto do ser humano e da sua mente, controlável pelo homem que é, portanto, responsável pelos resultados que obtém de sua aplicação. Analise-se, como exemplo, o direito brasileiro. No atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro, não há como se

⁷ *"La dimensione sostanziale e nomostatica della validità propria del diritto giurisprudenziale premoderno, che era stata estromessa dal primo giuspositivismo, torna così nel giuspositivismo allargato dello stato costituzionale di diritto a condizionare nuovamente il sistema giuridico: sotto forma, però, non più di arbitrario senso del giusto, bensì di limiti e vincoli imposti al legislatore tramite la loro pattuizione e positivizzazione come norme costituzionali"* (FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del Diritto**. Roma/ Bari: Laterza, 2007. t. 1, p. 40).

⁸ A expressão é buscada em texto clássico de Hobbes, responsável pelo reconhecimento da artificialidade do direito e do Estado e pela fundação do positivismo jurídico que se apõem a absorção do direito pela moral: *"E' la classica massima hobbesiana, opposta a quella giusnaturalistica più sopra ricordata: 'Doctrinae quidem verae esse possunt; sed autoritas non veritas facit legem' [T. Hobbes, Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis, tr. latina, in Leviatano, con testo inglese del 1651 a fronte e testo latino del 1668, a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, cap. XXVI, § 21, p.448]"* in FERRAJOLI, Luigi. **La Democrazia Attraverso i Diritti**: Il Costituzionalismo Garantista come Modelo Teorico e come Progetto Politico. Roma/Bari: Laterza, 1997. p. 7, § 1.1, nota 5.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

pensar no Estado ou na Sociedade brasileira⁹ como seres incorpóreos dotados de vontade (transmitidas por meio do direito, lei, costumes, direito comum etc.).

Afinal, o direito é artificial e todas as normas, escritas ou não, precisam de interpretação do ser humano. E mais, o homem é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação não é eliminável, mas controlável com o auxílio da hermenêutica e da analítica.

É extema de dúvidas, portanto, que a preocupação contemporânea da teoria do direito é o desenvolvimento de teoria da interpretação e uma teoria da decisão judicial adequadas ao Estado Democrático Constitucional, ambas responsáveis por buscar reduzir a discricionariedade (ou ativismo) judicial e impedir a arbitrariedade que resulta da “livre” criação ou divagação no espaço conhecido, de acordo com a lição de Hart, como “zona de penumbra” (“*penumbra of doubt*”) para o juiz¹⁰.

Ou seja, é absolutamente imperioso que o direito processual, ramo jurídico que confere interpretação prática ao direito, torne seus olhos e atenções para combater o fenômeno do decisionismo oriundo da livre atribuição de sentido no processo de interpretação. Urge, nesse contexto, estabelecer diretrizes racionais que permitam um controle intersubjetivo da fundamentação das decisões judiciais.

⁹ Na doutrina processual brasileira, VITORELLI, Edilson. **Devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 35-50.

¹⁰ “Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente” (HART, H. L. A. *The Concept of Law*, 2. ed. [1961], Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 272).

2 O GIRO LINGUÍSTICO: A HERMENÊUTICA E A ANALÍTICA COMO ELEMENTOS PARA FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADA AO ATUAL PARADIGMA DA LINGUAGEM E AO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, pode se afirmar que duas teorias do direito têm se destacado justamente quanto à imposição de limites discursivos e normativos a esta falsa liberdade interpretativa dos juízes¹¹ e a arbitrariedade (*rectius*: discricionariedade) que dela decorre: a hermenêutica jurídica e a filosofia analítica do direito.

Muito embora sejam advindas de tradições filosóficas historicamente dicotômicas e diametralmente opostas, a hermenêutica jurídica e a filosofia analítica podem atualmente se encontrar conectadas por partirem da mesma premissa: inexorável invasão da linguagem na vida cotidiana e na relação do mundo. Ora, não há direito sem linguagem, tanto que nenhuma das duas grandes correntes nega essa afirmação, ambas partem desta premissa.

A construção teórica dessas duas teorias está calcada no giro linguístico ou *linguistic turn*, movimento da filosofia contemporânea ocorrido a partir do início do século passado, responsável por introduzir a visão de que os problemas filosóficos dependem da linguagem. Com o desenvolvimento da filosofia da linguagem, foi definitivamente superada a visão metafísica de que os objetos em geral tinham um sentido em si (essência ontológica) ou que tais sentidos eram livremente atribuídos pelo sujeito

¹¹ A esse respeito da liberdade judicial, Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e Nelson José Zambam esclarecem que “nenhuma dessas espécies de Liberdade se define, se concentra exclusivamente numa postura individual. Se esse for o argumento central das decisões judiciais ou da própria lei, o Direito se torna fraco para cumprir seu objetivo social: tornar a paz duradoura, não obstante existam as adversidades humanas.” (AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de Aquino e ZAMBAM, Nelson José. “Direito à liberdade: as consequências da manipulação da mídia e da religião”. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 101/2017, p. 83 – 102, Maio - Jun / 2017.)

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

(isto é, paradigma da filosofia da consciência), agora, é a linguagem o elemento constitutivo do conhecimento e do sentido do mundo como um todo.¹²

Tanto para a filosofia continental, na qual se insere a hermenêutica jurídica, quanto para a filosofia analítica a linguagem é tudo e nada pode ser compreendido fora dela.¹³

O direito, a seu turno, não fica imune a esta transformação, afinal, assim como é neste sentido que se poderá afirmar que “o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito (...) atinge-nos através dessa linguagem, que é”¹⁴.

As consequências advindas do *linguistic turn*, portanto, devem ser transportadas para o debate jurídico. Se a linguagem é constitutiva dos sentidos e da realidade, não se pode falar, *a priori*, em uma estruturação, transcendental e ontológica forte, acerca da diferença entre processo, ação e jurisdição, entre direitos público e privado, etc. Os institutos jurídicos não são objetos dotados de um significado unívoco, muito menos os intérpretes podem atribuir significados de acordo com a sua consciência, de forma absolutamente livre, sendo incompreensível mascarar posições ideológicas e subjetivas (pessoais) sob a justificativa de que se está atuando a vontade concreta da lei ou do direito (paradigma formalista e positivista de primeira geração da interpretação), sob pena de recair em evidente arbitrariedade.

¹² ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 59.

¹³ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. p. 433.

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra Ed., 1997. p. 90.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Os textos normativos são veiculados em linguagem, a qual é compartilhada pela comunidade jurídica, passíveis de interpretação pelos operadores do direito e, por consequência, devem ser guiadas pela linguagem própria do fenômeno jurídico.

Não é por menos que, hermenêutica e analítica convergem quanto à distinção entre texto e norma. Atualmente, essa constatação é um consenso que representa grande avanço para a teoria da interpretação, pois a partir da premissa de que os sentidos são atribuídos e não extraídos dos textos, poderão ser construídos critérios intersubjetivos para conferir legitimidade à interpretação do direito. É aí, aliás, o ponto de divergência entre as duas teorias ora tratadas: os critérios de legitimidade da interpretação do direito. Tais questões nevrálgicas serão abordadas nos dois subcapítulos a seguir.

2.1 A ANALÍTICA E A JUSTIFICAÇÃO COMO CRITÉRIO QUE CONFERE LEGITIMIDADE À INTERPRETAÇÃO E À APLICAÇÃO DO DIREITO

Ab initio, antes ainda de compreender quais são os critérios adotados pela analítica para conferir legitimidade à interpretação e à aplicação do direito, mister esclarecer que uma abordagem analítica do direito é “toda abordagem que procura explicar ou elucidar os termos, os conceitos ou as estruturas do direito, analisando os elementos ou mostrando como o todo é compreensível como ordenamento coerente das partes”¹⁵.

Partindo-se dessa premissa, a filosofia analítica do direito trata do problema referente à interpretação a partir de uma análise rigorosa da linguagem por intermédio de

¹⁵ MACCORMICK, Neil. Analítica (abordagem – do direito). In: ARNAUD, André-Jean et alii (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

instrumentos lógico-formais que permitem, assim, uma maior clareza conceitual e uma coerência sistêmica segundo a utilização da linguagem "jurídico-científica"¹⁶.

Este método de analisar o fenômeno jurídico foi disseminado nas grandes culturas jurídicas ocidentais. Na tradição do *Civil Law*, especialmente na Itália, Luigi Ferrajoli identifica que o ato de nascimento da escola analítica italiana ocorreu em 1950 com o ensaio de Norberto Bobbio intitulado *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*¹⁷. A propósito, nota-se que Bobbio atribui à purificação da linguagem um caráter essencial para construção da linguagem do direito, afirmando que "a natureza científica de um discurso não consiste na verdade, isto é, na correspondência com a enunciação de uma realidade objetiva, mas no rigor de sua linguagem, isto é, na coerência de um enunciado com todos os outros enunciados que são daquele sistema".¹⁸

O pontapé inicial dado por Bobbio em relação ao exame da linguagem fez com que um de seus alunos, Giovanni Tarello, desenvolvesse estudos referentes à teoria da interpretação revisitando conceitos de norma e ordenamento com uma lente realista-analítica e, como destaca Luigi Ferrajoli, "submete[ndo] a uma revisão epistemológica ainda mais radical o velho positivismo dogmático e as suas pretensões de cientificidade"¹⁹. Imprescindível, portanto, destacar a formulação de Tarello de que normas não são pressuposto, mas resultado da interpretação²⁰.

¹⁶ Na doutrina brasileira, distinguindo entre lógica-formal e lógica jurídica, mais ampla, cf. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62-105.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia analítica no século XX.** Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 75-78.

¹⁸ *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Ed. RT, 2002.p. 845-846;

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia analítica no século XX.** p. 80.

²⁰ TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della Legge.** Milano: Giuffrè, 1980; TARELLO, Giovanni. **La Interpretación de la Ley.** Tradução de Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2015. p. 60.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Já na tradição do *Common Law*, o positivismo jurídico foi construído sob as bases da *analytical jurisprudence* no final do século XVIII e durante quase todo o século XIX, especialmente por força de autores como Jeremy Bentham e, seu aluno, John Austin, fervorosos críticos da teoria declaratória do *Common Law* e defensores da artificialidade do direito.

Foi a partir de um desdobramento desta corrente na filosofia do direito continental que surge o trabalho de Hans Kelsen conhecido como Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*, 1. ed. de 1934 e 2. ed. de 1960)²¹, inspirado justamente em Austin.

Já no século XX, com um artigo seminal de 1953²² e com a publicação em 1961 do livro "O conceito de direito"²³, Herbert L. A. Hart revisitou o positivismo jurídico a partir de estudos analíticos sobre a filosofia da linguagem²⁴, propondo um "método de análise da linguagem usado tanto pelo legislador quanto pelos juristas como instrumento de redefinição e a reconstrução tanto do significado das normas como dos conceitos e das teorias jurídicas"²⁵.

Ocorre que, sobre os diferentes estudos desenvolvidos no âmbito da tradição analítica da teoria do direito, é necessário esclarecer que as próprias noções de interpretação

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

²² HART, H.L.A. *Definition and theory in jurisprudence* [1953]. In: HART, H.L.A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 19-48.

²³ HART, H. L. A. **The Concept of Law**. p. 272.

²⁴ "(...) a linguagem envolvida na enunciação e aplicação de normas constitui um segmento especial do discurso huano com características particulares que, se negligenciadas, podem causar confusão" (p. 29) HART, H. L. A. "Definição e teoria na teoria do direito". In **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 23-52.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia analítica no século XX**, p. 78.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

do direito e de criação judicial variaram dentro da escola analítica de acordo com o contexto e a tradição na qual os respectivos autores estavam inseridos.

Pois bem, para a filosofia analítica da Escola de Gênova (Giovanni Tarello, Riccardo Guastini e Pierluigi Chiassoni), a interpretação seria ato pelo qual se descreve, adscrive e/ou cria significados textuais e extratextuais por intermédio de métodos, argumentos e teorias estruturadas discursivamente. O intérprete, portanto, poderá identificar um significado (descrição), identificar dois ou mais significados e decidir por um deles (adscrição) ou então poderá identificar um ou mais significados e decidir por um novo (criação, *sic.*, reconstrução), estruturando argumentativamente suas escolhas e valorações no discurso de justificação.

Todavia, há diferença fulcral que os analíticos estabelecem entre a interpretação como atividade e a interpretação como produto. Essa distinção faz com que o *iter* psicológico percorrido pelo intérprete (ou *context of discovery*) de todo irrelevante para aferir a racionalidade do discurso jurídico, sobrelevando-se em importância os instrumentos formais de justificação da motivação (ou *context of justification*)²⁶.

De acordo a filosofia analítica do direito, pois, a interpretação/aplicação do direito é racional quando devidamente justificada. A justificação, ao externalizar a interpretação de forma estruturada, permite seja feito o controle intersubjetivo das razões utilizadas pelo intérprete em relação às escolhas realizadas, o qual é exercido tanto de maneira endoprocessual, isto é, pelos sujeitos envolvidos no procedimento argumentativo (por exemplo, os sujeitos processuais), como igualmente de forma extraprocessual, ou seja, um controle geral da sociedade exercido com vistas à administração da justiça por toda a comunidade jurídica e sociedade civil²⁷.

²⁶ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 197 e ss.

²⁷ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. p. 340 e ss. No Brasil, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**. In. Temas de direito processual: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83-95.

A racionalidade da interpretação-atividade e da interpretação-produto é constatada a partir de uma distinção analítica entre justificação interna e externa. A importância da filosofia analítica do direito reside, portanto, em tornar a linguagem jurídica mais depurada, mais clara/objetiva, isto é, intersubjetivamente controlável. É de se apontar a essa altura que a afirmação de sua cientificidade decorre dessa clareza no discurso, não do sentido de aproximá-la das ciências naturais e matemáticas, mas sim do objetivo de não deixar com que a linguagem comum e ordinária prevaleça sobre o discurso jurídico, contaminando-o com posições ideológicas e subjetivas não controláveis intersubjetivamente, com pré-conceitos e pré-compreensões.

A verdade é que, o problema contemporâneo da filosofia analítica já não é tanto sobre qual linguagem ou quais problemas jurídicos ela irá se debruçar, mas verdadeiramente sobre o método de justificação e a clareza do discurso que permitirão o escrutínio pela comunidade científico-jurídica das conclusões que forem alcançadas.

2.2 A HERMENÊUTICA E A COMPREENSÃO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DA "APPLICATIO" DO DIREITO

Assim como na abordagem analítica do direito, antes de tudo deve-se fixar o que se entender por uma abordagem hermenêutica do direito antes de adentrar especificamente nos seus critérios de legitimidade para a interpretação e aplicação do direito. De acordo com Gadamer, por hermenêutica se entende a arte ou a técnica de interpretar corretamente um texto²⁸. A hermenêutica é da vida corrente do direito, dela ineliminável.

Na hermenêutica clássica, haviam diferentes métodos de interpretação, voltados exclusivamente para textos literários (hermenêutica "filológica"), textos sagrados (hermenêutica teológica) e, por fim, textos jurídicos (hermenêutica jurídica). Essa

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. "Hermenêutica como filosofia prática". In **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-77, especificamente p. 57.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compartimentação dogmática fazia com que a hermenêutica recorresse a diferentes métodos para auxiliar na compreensão dos textos.

Já na Idade Moderna, com os estudos de Friedrich Schleiermacher, a hermenêutica deu seu o primeiro avanço rumo à universalização, máxime de um primeiro desenvolvimento da noção daquilo que se chamaria de círculo hermenêutico, vazado na compreensão da circularidade da interpretação, na qual a parte se compreende no todo e o todo se compreende na parte. Por ainda ser voltada à intenção do autor da interpretação é que foi atribuída o nome de psicológica a esta fase da hermenêutica. Ainda na hermenêutica tradicional, defendeu-se a ideia de que "interpretação correta" de um certo texto deveria ser auxiliada por cânones hermenêuticos (método lógico, gramatical, histórico, teleológico, sistemático etc.). No Brasil, essa defesa se notabilizou na obra de Carlos Maximiliano²⁹.

Todavia, a universalização da hermenêutica é devida primordialmente à virada ontológica-linguística ocorrida no seio da filosofia continental do Século XX, decorrente da "fenomenologia hermenêutica" desenvolvida por Martin Heidegger, especialmente em "Ser e tempo" (*Sein und Zeit*, 1927).³⁰ Mais tarde, o já mencionado Hans-Georg Gadamer, partindo dos estudos heideggerianos, estabelece em sua obra "Verdade e método" (*Wahrheit und Methode*, 1960) a pretensão de universalidade de hermenêutica, consumando-a, finalmente, como hermenêutica filosófica³¹.

No Brasil, os estudos da hermenêutica filosófica na ciência do direito são devidos, em grande parte, à escola formada por Lenio Luiz Streck, a partir das contribuições de

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 147.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2008; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini, 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Ernilo Stein. A sua obra articulada em vários livros e artigos como uma “Crítica hermenêutica do direito”,³² propõe uma leitura conjunta das obras de Heidegger e Gadamer, aliada, ainda, à concepção de direito como integridade (*law as integrity*) desenvolvida por Ronald Dworkin³³, e é seguida por Leonard Schimtz³⁴.

Nesse aspecto, é necessário pontuar, desde logo, que o compreender tem uma dupla significação. A uma, pode se referir à intelecção de um enunciado, frase ou conteúdo. Essa compreensão é externalizada pela interpretação, gerando uma comunicação produzida pela linguagem (*logos* apofântico ou analítico). A duas, pode se referir ao fato de já saber o contexto no qual o enunciado, frase ou conteúdo é pronunciado. Essa chamada pré-compreensão não é produzida pela linguagem, mas é fruto da experiência histórica em que o intérprete está inserido (*logos* hermenêutico). Veja-se que esta pré-compreensão, ocorrida no *logos* hermenêutico, é abraçada e totalmente absorvida na compreensão do *logos* analítico e devidamente externalizada linguisticamente na interpretação.

A estrutura da compreensão ocorrida no *logos* hermenêutico (ou pré-compreensão) só ocorre devido a uma chamada diferença ontológica que o ser humano possui enquanto “ser-no-mundo”. O ser humano é o único ente do mundo no qual habita o ser, e, por conseguinte, é o único ente do mundo que ao compreender outros entes “já sempre compreende[m] a si mesmo”³⁵. Este privilégio ontológico do fenômeno da

³² STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 14.

³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jéferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

³⁴ SCHIMTZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

³⁵ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência**, p. 15.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compreensão do “ser” foi identificado por Martin Heidegger, levando-o a denominar o homem de “Ser-aí” (em alemão, *Dasein*).³⁶

Além disso, é preciso destacar ainda que o círculo hermenêutico é o método do qual se valerá o intérprete para estabelecer uma diferença entre as pré-compreensões legítimas e as ilegítimas, a fim de “não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia lhe sejam impostas por intuições ou noções populares [senso comum]. Sua tarefa é, antes de tudo, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma”.³⁷

Nesse contexto, pode se afirmar que a compreensão é sempre circular, mantendo-se em aberto as possibilidades de o todo influenciar a parte e de a parte influenciar o todo, já que “toda interpretação, ademais, se move na estrutura prévia já caracterizada. Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar”³⁸.

Todo este processo de compreensão ocorrido no *logos* hermenêutico é externalizado na interpretação por meio da linguagem, momento em que, concomitantemente, ocorre a aplicação do direito, também chamada de *applicatio* por Gadamer ao entender que a compreensão, interpretação e aplicação constituem processo unitário e incindível,³⁹ porque não permite a instrumentalização da interpretação e a consequente contaminação de pré-compreensões pessoais e ideológicas [não

³⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 208.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 210.

³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 209.

³⁹ “Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. (...) se quiser compreendê-lo adequadamente [o texto da lei], isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 461).

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

autênticas] oriunda da experiência histórica do intérprete. Interpretar é aplicar, mas, antes de tudo, é também compreender.

É inegável a contribuição das ferramentas dispendidas pela hermenêutica jurídica para a interpretação e aplicação do direito. Os juristas e aplicadores do direito são, antes de tudo, seres humanos cujo desenvolvimento pessoal é moldado por experiências sociais, ideológicas, familiares, religiosas e outras mais. Eliminá-las é tarefa de todo impossível. A interpretação pressupõe atribuição de significado a um texto, este significado vem impregnado de valores do intérprete. O direito se mostra, nessa teoria, essencialmente valorativo, exigindo uma responsabilidade do jurista ao interpretar os textos normativos dentro do contexto no qual está inserido.

Portanto, ao mesmo tempo em que a hermenêutica jurídica fornece importante contribuição para legitimidade da interpretação/aplicação do direito, não constitui um obstáculo à utilização de instrumentos analíticos para sua respectiva justificação, necessitando desta para ser explicada com clareza.

3 O DEBATE SOBRE A HERMENÊUTICA E A ANALÍTICA NA TEORIA DO DIREITO: POSSÍVEL CONVERGÊNCIA ENTRE AS TEORIAS

Estudos atuais costumam apontar uma contraposição doutrinária entre analíticos e hermeneutas (continentais) na teoria do direito, havendo uma ruptura entre tais abordagens, como se uma excluísse a outra⁴⁰.

De um lado, os hermeneutas atribuem aos analíticos o codinome de "procedimentalistas", uma vez que se preocupariam apenas com a forma, dispensando a análise do conteúdo, indo de encontro à dimensão substancial introduzida pelos direitos fundamentais das constituições modernas, legitimando, por exemplo, a legalidade de regimes totalitários. Lado outro, os analíticos asseveram

⁴⁰ "No momento, é importante ter claro que quando se fala em teoria do direito hoje é inevitável que se faça uma opção: ou somos analíticos ou somos hermeneutas – não há meio termo possível nessa questão" (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e filosofia do direito**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015.p. 433-434).

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

que os hermenutas pecam pela ausência de clareza conceitual, conduta que se revela incompatível com uma ciência que trata de linguagem, marcadamente caracterizada por sua indeterminação, dada a vagueza de seus textos e a ambiguidade de suas normas.

Contudo, ao mesmo tempo em que analíticos e hermenutas afastam a abordagem contrária, não raro, logo em seguida, ambos reconhecem a sua importância. Não por outro motivo, no contexto da produção teórica do último século, tanto analítica, quanto hermenêutica, assimilaram as críticas lhes desferidas, sendo cada vez mais comum a construção de pontos de convergência entre ambas as teorias.

Manuel Atienza⁴¹, Eros Grau⁴², Arthur Kauffman⁴³ e Paul Ricoeur⁴⁴ propõem que a concepção analítica e a concepção hermenêutica sobre a interpretação não são contraditórias. Todavia, aproximações e convergências são essenciais neste momento do direito por dois motivos essenciais: (1) mostrar a existência de uma circularidade e interdependência entre ambas correntes filosóficas. Uma vez que ambas são herdeiras do giro linguístico, duas faces da mesma moeda, linhas escritas na mesma página da história do pensamento e da cultura humana; (2) revelar a contaminação

⁴¹ ATIENZA, Manuel. "Hermenêutica e filosofia analítica en la interpretación del derecho". In: **Cuestiones judiciales**. México: Editorial Fontamara, 2001. p. 101-118.

⁴² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48, nota de rodapé n. 38.

⁴³ KAUFMANN, Arthur. "A problemática da filosofia do direito ao longo da história". In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas** [1977]. Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 134.

⁴⁴ "(...) A imbricação entre a argumentação e a interpretação, no plano judiciário, é realmente simétrica à imbricação entre compreensão e explicação no plano das ciências do discurso e do texto. Em contraposição a uma abordagem puramente dicotômica da polaridade famosa, no passado eu concluíra minha defesa do tratamento dialético como uma fórmula em forma de aforismo: 'Explicar *mais* para compreender *melhor*'. Como conclusão do debate entre interpretação e argumentação proponho uma fórmula parecida que restitui à *epistemologia do debate judiciário* sua unidade complexa. O ponto no qual interpretação e argumentação se interseccionam é o ponto no qual se cruzam o caminho regressivo e ascendente de Dworkin e o caminho progressivo e descendente de Alexy e Atienza". Cf. RICOEUR, Paul. "Interpretação e/ou argumentação". In.: **O justo. A justiça como regra moral e outra instituição**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 153-173, p. 172.

ideológica dos discursos que ao acentuarem as diferenças deixam de ver a floresta para se concentrar nas árvores e mascaram, muitas vezes, pré-compreensões que não estão comprometidas com o giro linguístico e que não estão na mesma página da história, trocando moeda boa por moeda podre.

Manuel Atienza, a seu turno, partindo da – neste ponto, a nosso ver, equivocada – premissa de que os movimentos hermenêutico e analítico correspondem, respectivamente, ao jusnaturalismo e ao juspositivismo, identifica uma contribuição técnica da analítica a partir do pensamento de Riccardo Guastini e uma contribuição valorativa da hermenêutica a partir do pensamento de Ronald Dworkin. Ora, ao associar o problema da hermenêutica e da analítica aos discursos jusnaturalista e juspositivista, acaba-se trazendo ao debate questões que a ele não pertencem. Não só, retrocede-se no tempo para momento anterior ao giro linguístico, pois o debate jusnaturalismo e juspositivismo é multissecular. A todo sentir, o giro linguístico deve contribuir para a solução deste debate, mas não é dele dependente.

Porém a proposta de Manuel Atienza vai adiante, e, sem sombra de dúvida, deve ser levada a sério. O aspecto técnico referir-se-ia à “necessidade de utilizar determinados procedimentos ou métodos para passar de um enunciado a interpretar”, haja vista que o problema da interpretação sempre desembocará em um problema semântico, ou seja, “um problema de atribuição de significado a um termo, a um enunciado ou a um conjunto de enunciados (isto é, a um material jurídico)”⁴⁵. A utilização destas regras semânticas sempre deverá ser justificada, externa e internamente.

O aspecto valorativo, contudo, referir-se-ia ao fato de que “o fundamento último deste processo argumentativo não pode ser outro que uma teoria de natureza moral e política”, haja vista que o problema da interpretação sempre exige “a assunção de

⁴⁵ ATIENZA, Manuel. *Hermenéutica e filosofía analítica en la interpretación del derecho*. In. **Cuestiones judiciales**. p. 114.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

uma determinada teoria moral".⁴⁶ Em outras palavras, não se trata propriamente de uma teoria moral, mas da assunção da premissa hermenêutica, da necessidade de compreensão sobre as normas constitucionais. Certos elementos da proposta de Manuel Atienza, todavia, precisam ser contextualizadas com releituras que experimentaram os movimentos analíticos e hermenêuticos após o giro linguístico e o impacto do constitucionalismo.

Já em relação à analítica, a partir da segunda metade do século XX e no início do século XXI, iniciou-se processo de desvinculação da formalidade da linguagem como centro do discurso analítico, assim entendida a aplicação do direito como função neutra, sem aplicação de valores e puramente descritiva, típica do positivismo de primeira geração na forma defendida pela Teoria Pura do Direito.

Concomitantemente às transformações ocorridas nos ordenamentos jurídicos decorrentes da onda constitucionalista pós-guerra, que internalizou e deu força normativa a antigos princípios de direito natural em um grande número de ordenamentos jurídicos contemporâneos, no campo filosófico, um primeiro avanço dado pode ser atribuído à "virada hartiana", responsável pelo abandono da visão descritiva sob uma ótica externa do direito (de matriz kelseniana) e pela assunção de uma dimensão da compreensão do direito sob uma ótica interna, como passo inexorável à validade da própria norma a ser aplicada⁴⁷.

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *Hermenéutica e filosofia analítica en la interpretación del derecho*. In. **Cuestiones judiciales**. p. 115.

⁴⁷ A questão central da 'virada hartiana', com o estabelecimento do ponto de vista interno como necessário, passa pelo reconhecimento de que as perguntas formuladas pelos oficiais responsáveis por aplicar o direito todos os dias, as perguntas sobre 'como aplicar uma norma N' ou 'como interpretar a norma N em relação aos fatos Y, que não estavam antes sobre debate quando a norma N foi estabelecida', passa a ser central para se definir a validade da própria norma a ser aplicada", cf. HART, H. L. A., **The Concept of Law**. p. 103. A questão também foi identificada na doutrina brasileira: "a teoria jurídica de Hart, ao atrair a atenção para o denominado 'ponto de vista interno', contém o germe para a destruição do ontologismo essencialista que caracteriza as teses filosóficas do positivismo descritivo, já que este ponto de vista (interno) reclama uma abordagem hermenêutica do filósofo do direito", cf. BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? IN. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. vol. 20. n. 1. p. 307-327. jan.-abr. 2015.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Foi justamente este aspecto que foi posteriormente melhor explorado por Ronald Dworkin em sua conhecida crítica ao positivismo jurídico⁴⁸, constituindo verdadeira pedra de toque da filosofia do direito com corte hermenêutico.

De um outro lado, em razão deste mesmo movimento histórico de constitucionalização e da assunção do ponto de vista interno do direito para definição da validade da norma a ser aplicada, também se destaca Robert Alexy, jurista alemão confessadamente analítico, com a sua teoria dos direitos fundamentais demonstra uma maior preocupação dos analíticos com a internalização de valores ético-políticos nos sistemas jurídicos contemporâneos por meio de mandamentos deontológicos, na clássica distinção formulada por Robert Alexy entre regras e princípios⁴⁹.

O giro ontológico-linguístico promovido por Heidegger é justamente contrário a essa contraposição sujeito-objeto, pois o ser humano é o único ser no qual os entes se manifestam. Desmantela-se, assim, a objetificação da linguagem como uma terceira coisa entre sujeito e objeto, a qual passa a ser condição de possibilidade para a interpretação, ou seja, uma eventual clarificação conceitual sempre chegaria tarde, já que a compreensão de um determinado significado está, desde já, presa à existência do próprio sujeito. Afirma-se aqui, portanto, que analítica e hermenêutica são complementares entre si justamente porque, a partir destas convergências, se limitam reciprocamente.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. ***Taking Rights Seriously***. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A COEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS E ANALÍTICOS PARA CONTROLAR A DISCRICIONARIEDADE (OU DECISIONISMO) JUDICIAL

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) consolidou o retorno do direito processual à teoria do direito, quando abandonou a visão tecnicista do processo como alheio às mudanças culturais e filosóficas que afetaram a ciência, convidando a comunidade jurídica a refletir sobre a junção das duas grandes montanhas da tradição filosófica contemporânea, a hermenêutica e a analítica, por meio do debate sobre a interpretação/aplicação do direito (cf. nesse sentido os arts. 489, §§1º e 2º e 926) e o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 489, §1º, incs. V e VI, 926, 927).

Prova maior disso é que mera leitura do Código de Processo Civil demonstrará a incorporação de terminologia de Ronald Dworkin (hermenêutica) ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, *caput*).

Também foi prevista no novo Código de Processo Civil a terminologia de Robert Alexy (analítica), quando determinou-se, por exemplo, que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (art. 8.º) e que “no caso de colisão entre normas [normas-princípios], o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 489, § 2º)⁵⁰.

⁵⁰ Não se abordará neste estudo, muito embora se saiba da longa discussão, a questão da inconstitucionalidade desse dispositivo defendida dentre outros por Lenio Streck e Leonard Schmitz (cf.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Ora, o Código de Processo Civil exige uma compreensão operacional na aplicação do direito, ou seja, toda e qualquer decisão em tese deve levar em consideração a convivência harmônica entre os planos infraconstitucional e constitucional (art. 1º). Desta maneira, o Código de Processo Civil não mais transige com interpretações arbitrárias, solipsistas e descontextualizadas da ordem jurídica, compromete-se, ao contrário, com a solução realista-moderada e responsável da interpretação, como revelam os dispositivos que dão conta da eliminação do "livre" convencimento judicial (art. 371), da fundamentação adequada (art. 489, § 1º), da justificação interna e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2º) e dos deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926).

Pode se afirmar, portanto, que está finalmente superado o paradoxo metodológico que afligiu a justiça brasileira: ter uma justiça civil ampla e uma legislação processual voltada ao modelo europeu. A matriz constitucional brasileira, desde a Constituição de 1891, é influenciada pelo *Common Law* norte-americano e a matriz infraconstitucional, a exemplo do Código de Processo Civil de 1973, pelo direito do *Civil Law*⁵¹.

A decisão judicial no Estado Democrático Constitucional (art. 1º, CPC/15) tem um duplo compromisso: um, de caráter interno, voltado à prestação de uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva (Art. 4º, CPC/15); e outro, de caráter externo, voltado à unidade do direito por meio da preservação da coerência e integridade do ordenamento jurídico por meio de um sistema de precedentes tupiniquim (art. 926, CPC/15). Para atingir ambos objetivos, o dever

SCHMITZ, Leonard. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015)

⁵¹ ZANETI JR., Hermes **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. rev., ampl. e alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de fundamentação das decisões judiciais deve levar em consideração critérios analíticos e hermenêuticos na compreensão, interpretação e aplicação do direito.⁵²

O art. 6.º do CPC/15, a seu turno, é tentativa de estabelecer uma “regra hermenêutica” que guia o método interpretativo do juiz, e apresenta-se carregada de conceitos jurídicos indeterminados: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade⁵³, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A positivação de uma norma dessa maneira é tentativa de direcionar a atuação do julgador, indicando quais são as diretrizes principiológicas e valorativas de que deve servir-se quando da tomada de decisões no curso do processo. É, também, uma disposição que privilegia a hermenêutica clássica, enquanto conceito fundamental de aplicação do Direito.

A compreensão hermenêutica da ciência processual é, na verdade, bastante diversa do que dispõe o CPC em vigor. O que o art. 6.º acaba produzindo é uma regra procedimentalista, que acredita na ideia de que o juiz deva seguir uma cartilha de raciocínio, uma espécie de caminho lógico que conduziria à decisão acertada. Ocorre, no entanto, que a compreensão e a interpretação não podem ser tratados como se ocorressem em momentos distintos; o julgador constrói a norma para o caso concreto

⁵² Sobre a fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015, há trabalhos já publicados que abordam a temática sob uma perspectiva analítica, como se vê em MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Ed. RT, 2015; e sob uma perspectiva hermenêutica, como se vê em SCHIMTZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.

⁵³ Moacyr Motta da Silva ensina que o princípio da razoabilidade, no estágio atual de desenvolvimento dos princípios constitucionais do processo, representa um verdadeiro instrumento de justiça (SILVA, Moacyr Motta da. “O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. Novos estudos jurídicos”. in **Revista Semestral do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali**. Itajaí, Ano V, n. 8, Abr/1999. p. 7-15).

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

tendo em vista o conteúdo da decisão, e não o procedimento lógico que deverá seguir para chegar até ela⁵⁴.

A tradição jurídica brasileira, na perspectiva da teoria do processo, não está acostumada com esta distinção. Entre os processualistas existem temas e textos que poderiam ser classificados em uma ou outra categoria, mas, em linha de tendência, uma classificação permite perceber uma predominância de temas e de metodologia de aproximação. Portanto, não se trata de rotular os autores, mas de identificar a abordagem do fenômeno jurídico e processual que usualmente empregam à sua doutrina e trazer à luz o debate acerca da abordagem analítica e hermenêutica do direito.

Porém, a confluência entre os discursos analítico e hermenêutico depende primeiramente da compreensão de que o direito absorve a filosofia em platôs⁵⁵, que serve ao direito e ao discurso prático do caso especial que o direito concretiza como limites e vínculos (garantias). Em outras palavras, a filosofia auxilia o direito, mas não o determina.

Se assim o é em relação ao direito, também o será no tocante ao direito processual, espaço de aplicação do direito, cujo discurso é ainda mais limitado devido à sua finalidade operativa,⁵⁶ voltada para a resolução adequada, mas também, pragmática

⁵⁴ Sobre o tema: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵⁵ PECZENIK, Aleksander. "Can Philosophy Help Legal Doctrine?" In **Ratio Juris**. vol. 17. n. 1. p. 106-117. mar. 2004.

⁵⁶ Robert Alexy evidencia as limitações do discurso jurídico em relação ao discurso prático geral e diz que no processo as limitações são *ainda maiores* porque "os papeis estão desigualmente distribuídos: a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado. O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Como frequência, talvez como regra, as partes não buscam exatamente a sentença correta ou justa, mas a que lhe é vantajosa" (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 210).

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de conflitos por meio da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (art. 4º, CPC/15).

A união destas duas grandes tradições filosóficas e jurídicas, associada a uma correta interpretação e aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor certamente contribuirá para a construção de pontes a um direito mais racional, mais democrático, afastando-se da famigerada discricionariedade judicial, tão perniciosa ao ordenamento jurídico e às garantias constitucionais.

Essa arbitrariedade, muitas vezes presente na decisão judicial, compromete ainda mais a realização do Estado Democrático de Direito, transformando o regime democrático em uma República de Magistrados. É necessário frisar, que a partir do giro ontológico-linguístico, o sujeito solipsista deve desaparecer e, portanto, é inadmissível que os juízes continuem a decidir conforme a consciência, blindando o direito contra todas as transformações ocorridas na filosofia. É preciso compreender que essa (re)definição constitucional, do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, não elevou a sua posição institucional a uma atuação totalmente arbitrária, livre de qualquer controle democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste texto, demonstrou-se, inicialmente, que para construção de uma teoria da decisão judicial compatível com a realidade constitucional e processual civil atuais, faz-se necessário superar o pensamento positivista (normativista), que admite a discricionariedade judicial como ínsita ao ordenamento.

De fato, com as transformações ocorridas a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, as condições do Poder Judiciário, para garantir a materialização dos direitos recentemente constitucionalizados, foram favorecidas e, conseqüentemente, acabaram transformando este espaço institucional em um importante lugar para a concretização da plena cidadania no contexto brasileiro.

Desse modo, diante do deslocamento da esfera de tensão, até então apoiada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais, o Constitucionalismo Contemporâneo passou a exigir uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário, como condição de possibilidade para superar a postura absenteísta do juiz como “boca inanimada da lei”, predominante no modelo liberal-individualista do positivismo exegético. No entanto, esse deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário, não deve(ria) ser encarado como a solução para todas as deficiências institucionais do Estado brasileiro.

Por isso, buscou-se encontrar solução do ativismo (ou decisionismo) judicial a partir da releitura de duas teorias do direito para o combate à discricionariedade judicial: a hermenêutica jurídica e a filosofia analítica do direito.

Ambas as teorias tratam da legitimidade da interpretação sob diferentes perspectivas, a hermenêutica a partir da compreensão e a analítica a partir da justificação. Embora a teoria do direito mostrasse, a princípio, uma contraposição entre hermenêutica e analítica, estão sendo construídos pontos de convergência entre tais métodos.

Isto ocorre porque analítica e hermenêutica se limitam reciprocamente: o limite analítico em relação à hermenêutica reside possibilidade ou não de algo ser expressado em linguagem do direito; o limite hermenêutico em relação à analítica reside na correspondência entre o que é expressado em linguagem do direito e o que consta na compreensão da tradição jurídica.

Considerando que a filosofia serve ao direito processual em platôs, demonstrou-se neste artigo que a dogmática do Código de Processo Civil de 2015 absorve a legitimação pela compressão hermenêutica e os critérios da justificação analítica, ambos voltados a combater a arbitrariedade na decisão judicial mediante fundamentação racional e lógica da decisão.

Demonstrou-se, ainda, o papel do Poder Judiciário na contemporaneidade, apresentando-se a possibilidade de construir uma teoria da decisão judicial sem

discricionariedade, a partir uma releitura de conceitos sobre teoria geral do direito presentes no Código de Processo Civil em vigor. A efetiva aplicação do art. 489, §§1º e 2º, do Código Processual é o caminho previsto pelo legislador para que juiz deixe o protagonismo judicial de lado, em prol de uma decisão fundamentada de acordo não com suas convicções pessoais, mas sim de acordo com caso concreto.

O trabalho demonstrou que a contribuição de Dworkin para a superação da discricionariedade, na interpretação das normas jurídicas, é de fundamental importância, pois, ao defender, por meio da integridade do Direito, a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, Dworkin superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito. Assim, Dworkin enfrentou um problema que não havia recebido a devida atenção pelo pensamento positivista, como a interpretação e os limites da decisão judicial, já que, nesta corrente de pensamento, os juristas aceitam antecipadamente múltiplas respostas possíveis sem nenhum vínculo direto com o mundo prático.

Portanto, levar em consideração a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin, é condição de possibilidade para superar o positivismo e elaborar uma teoria da decisão livre de qualquer tipo de protagonismo judicial. A efetiva observância das regras trazidas pelo CPC em vigor pelo juiz é o mecanismo legal para se afastar gradativamente a discricionariedade judicial das decisões, na forma proposta pelos doutrinadores pós-positivistas acima citados.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e filosofia do direito**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica** [1983]. 2. ed. Traduzido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de Aquino, ZAMBAM, Nelson José. "Direito à liberdade: as consequências da manipulação da mídia e da religião". In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 101/2017, Maio - Jun / 2017.

ATIENZA, Manuel. **Hermenéutica e filosofía analítica en la interpretación del derecho: Cuestiones judiciales**. México: Editorial Fontamara, 2001.

AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**. 3. ed. rev. London: John Murray, 1869.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito". in **Temas de direito processual: segunda série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados". in **Temas de direito processual: segunda série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BENHTAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation** [1789]. Batoche Books Kitchener, 2000.

_____. **Truth versus Ashhurst. The Works of Jeramy Bentham**, s.l.: John Bowring ed., 1843.

BOBBIO, Norberto. *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. n. 2. p. 342-367. Jun-1950.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BUSTAMANTE, Thomas. "A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?" in. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. vol. 20. n. 1. p. 307-327. jan.-abr. 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra Ed., 1997.

CHIASSONI, Pierluigi. **L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: da Bentham a Kelsen**. Torino: Giappichelli Editore, 2009.

_____. **Tecnica dell'Interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

COELHO, André Luiz Souza. **Dworkin e Gadamer: qual conexão?** *Peri*. vol. 6. p. 19-43. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. "A decisão judicial". In **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 37-52, set./dez. 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Traduzido por Jéferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. **On Society**. Cambridge: Polity Press, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia analítica no século XX**. Traduzido por Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Jr. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **La Democrazia Attraverso i Diritti: Il Costituzionalismo Garantista come Modello Teórico e come Progetto Politico**. Roma/Bari: Laterza, 1997.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Traduzido por Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. **Principia Iuris. Teoria del diritto**. Roma/ Bari: Laterza, 2007. t. 1.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2001.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica como filosofia prática**. A razão na época da ciência. Traduzido por Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Traduzido por Flávio Paulo Meurer; nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

_____. **Verdade e método II**. Complementos e índice. 10. ed. Traduzido por Enio Paulo Giachini, Petrópolis: Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Interpretare ed Argumentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HART, H. L. A. **Definição e teoria na teoria do direito**. Ensaio sobre teoria do direito e filosofia. Traduzido por José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Definition and Theory in Jurisprudence* [1953]. In: HART, H.L.A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **The Concept of Law**. 2. ed. [1961]. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas** [1977]. Traduzido por Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

KNIJNIK, Danilo. "Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle". In **Revista Forense**. vol. 353. n. 353. p. 15-52. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MACCORMICK, Neil. "Analítica (abordagem – do direito)". In: ARNAUD, André-Jean et alii (dir.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Traduzido por Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Coherence in Legal Justification*. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, L.; van ROERMUND, G.C. (ed.). **Theory of Legal Science**. Dordrecht: Springer, 1984.

_____. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory. Law, State, and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou argumentação**. O justo 1. A Justiça como Regra Moral e outra Instituição. Traduzido por Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHIMTZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

SILVA, Moacyr Motta da. "O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. Novos estudos jurídicos". in **Revista Semestral do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali**. Itajaí, Ano V, n. 8, Abr/1999.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. "Introdução à sociologia da administração da justiça". in **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

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

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **O que é isto – Decido conforme minha consciência.** 5. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed., rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARELLO, Giovanni. **La Interpretación de la Ley.** Traduzido por Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra, 2015.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e Interpretazione: Lineamenti di Teoria Ermeneutica del Dirritto.** Roma/Bari: Laterza, 1999.

VITORELLI, Edilson. **Devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Ed. RT, 2016.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas** [1953]. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. rev., ampl. e alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. "O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório". in **Revista de Processo.** vol. 29. n.116. p. 334-371. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes [2015]. 2. ed., rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

Submetido em: julho/2017

Aprovado em: agosto/2017