

O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito

Lenio Luiz Streck

Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC – Acordo Internacional Capes-Grices) e FDUL. Membro honorário da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Ex-Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Advogado. *E-mail:* <lenios@globomail.com>.

Lúcio Delfino

Pós-Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor na Universidade de Uberaba (Minas Gerais). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*. Advogado. *E-mail:* <lucio.delfino.adv@gmail.com>.

Ziel Ferreira Lopes

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) – bolsista CNPq. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). *E-mail:* <ziel.lopes@outlook.com>.

Resumo: Este artigo pretende servir como *programa de pesquisa* para interessados em pensar o processo judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, o seguinte caminho foi percorrido: 1) a apresentação da proposta geral da Filosofia *no* Direito; 2) o cuidado de situar historicamente o paradigma hermenêutico e sua “aplicação” às questões científicas, especialmente a reabilitação da verdade que promove nas Ciências Humanas; 3) a explicação sobre o que é a Crítica Hermenêutica do Direito; 4) por fim, a partir de todas as noções levantadas, o esboço de algumas notas para uma crítica hermenêutica voltada ao processo judicial.

Palavras-chave: Hermenêutica. Manifesto. Processo judicial. Programa de pesquisa.

Sumário: – 1 Introdução – 2 Filosofia *no* Direito – 3 O paradigma hermenêutico e sua “aplicação” – 4 A crítica hermenêutica do Direito – 5 Crítica hermenêutica e processo judicial – 6 Considerações finais – Referências

1 Introdução

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) tem ganhado espaço no cenário jurídico nacional, orientando pesquisas acadêmicas, fomentando debates públicos e impactando a prática jurídica em projetos de lei, petições, julgados, etc.

Concorde-se ou não com as suas bases teóricas, é impossível ignorar que tem desempenhado um papel fundamental de construir *pontes* entre Filosofia e dogmática jurídica. Como se sabe, no âmbito do senso comum desdenha-se o fato de que qualquer discurso científico trabalha sobre pressupostos de verdade, racionalidade e demonstrabilidade que não lhe pertencem. Identificá-los, situá-los historicamente e discuti-los é adentrar o plano da Filosofia, e a Ciência Jurídica que não atenta para isso fica limitada ao tecnicismo ingênuo.

Nesse particular, sem diminuir a importância de outras matrizes, a tradição hermenêutica representa lugar privilegiado para esse tipo de reflexão. Isto se justifica por sua própria evolução histórica: parte da condição de mero acessório de outras disciplinas, para depois se voltar reflexivamente sobre elas, a ponto de iluminá-las sobre as condições que antecedem qualquer compreensão. Veja-se, então, como a hermenêutica vai muito além da interpretação de textos. Ela é universal, como diria Gadamer, infiltrando-se em todas as disciplinas, em nossas relações com nós mesmos, com o outro e também com o mundo.

O presente artigo nos permitiu refletir sobre *como* o jurista deve se movimentar criticamente, sempre vigilante à sua inserção paradigmática. A ênfase dessas reflexões recaiu sobre o jurista que se ocupa do processo judicial. A processualística talvez seja a área jurídica em que se observa maior tensão entre dogmatismo (objetivista) e praxismo (subjativista), razão pela qual não pode desprezar mediações filosóficas.

Esperamos que os apontamentos aqui desenvolvidos sirvam como espécie de *programa de pesquisa* para acadêmicos interessados em desenvolver trabalhos a partir da CHD, ou ao menos desejosos de com ela dialogarem. Encontrarão aqui ideias fundamentais e referências para aprofundamentos. Não só isso, pois há no texto certo *tom de manifesto*, voltado à *ação*, vale dizer, um apelo a outra práxis jurídica.

Passo a passo, o seguinte caminho foi percorrido no intuito de cumprir os objetivos apontados: 1) a apresentação da proposta geral da Filosofia *no* Direito; 2) o cuidado de situar historicamente o paradigma hermenêutico e sua “aplicação” às questões científicas, especialmente a reabilitação da verdade que promove nas Ciências Humanas; 3) a explicação sobre o que é a Crítica Hermenêutica do Direito; 4) por fim, a partir de todas as noções levantadas, o esboço de algumas notas para uma crítica hermenêutica voltada ao processo judicial.

2 Filosofia *no* Direito

Devemos a Ernildo Stein¹ uma formulação clássica sobre as relações entre Filosofia e ciência. Stein aponta três maneiras em que tal relação pode se dar, com diferentes níveis de compromisso paradigmático.

A primeira é a invocação da Filosofia como mero ornamento num discurso científico, uma citação *ad hoc* sem quaisquer compromissos paradigmáticos. Trata-se da falsa escolha filosófica por excelência.

A segunda é a Filosofia como orientação, buscando-se numa determinada perspectiva filosófica um guia direto para o cientista. Esta já é uma relação mais compromissada, porém ainda superficial e potencialmente ilusória, deixando de fora todas as perplexidades da fundamentação em prol de uma determinada finalidade científica.

A última e verdadeira relação é a da Filosofia como *standard* (vetor) de racionalidade. Aqui o cientista já se movimenta paradigmaticamente, localizando-se e operando a partir de uma estrutura mínima de conhecimento (com suas noções de racionalidade, demonstrabilidade, verdade, etc.).

É esta a ideia central de Stein: as ciências se ocupam da solução de problemas, *mas a Filosofia vigia os problemas das soluções*. Essa dupla dimensão deve ser sempre lembrada pelo cientista do Direito para não absolutizar seu discurso.

Aqui costumam ter origem vários dos problemas conhecidos pelos juristas, como o dogmatismo ou o praxismo – que não deixa de ser uma absolutização do que um sujeito pensa, a cada momento –, em detrimento da lei, da jurisprudência e da dogmática. Mas disso derivam também, como alerta o filósofo, problemas que muitos juristas desconsideram:

Em geral, quando se confrontam posições teóricas no Direito, tem-se a ideia de que basta apenas confrontar argumentos ou trazer premissas diferentes, para defender os paradigmas que se enfrentam. É preciso olhar mais no fundo da questão e descobrir qual é o *standard* de racionalidade que está por trás da argumentação e das premissas.²

À falta desta compreensão maior, a confrontação de argumentos se torna superficial e improdutiva. Só uma visão paradigmática poderia coordenar os diferentes vetores de racionalidade sobre os quais se movimentam os juristas. Não se trata, pois, de fazer Filosofia, como algo externo, e depois fazer Direito. Trata-se, isto sim, de observar a Filosofia *no* Direito.

¹ STEIN, 2005.

² STEIN, 2005, p. 138

Mais recentemente, Stein refletiu sobre o desenvolvimento da CHD a partir dessa proposta geral:

[...] Falamos DO direito porque é assim com nossa gramática. Falamos NO direito (na dimensão interna, condicionante) porque não haveria gramática para falar DO direito se não operássemos no mundo prático que antecipa o positivo e o lógico. Todos os que fazem filosofia DO direito, operam como se só houvesse um objeto (agora filosófico) que repete o mesmo objeto positivo DO direito. Toda a Crítica Hermenêutica do Direito pretende mover-se na verdade do direito e lidar com princípios que são fundamentos de uma modalidade que abre a dimensão em que acontece a verdade do direito de modo hermenêutico. Mas isto não se mostra se não dispusermos em nosso operar do nível profundo que acontece NO Direito.³

Considerando a importância de se pensar o Direito a partir dos paradigmas filosóficos, passamos a abordar uma via de acesso privilegiada para esta dimensão.

3 O paradigma hermenêutico e sua “aplicação”

As preocupações com a interpretação sempre acompanharam a história do pensamento, como já se observa nos textos clássicos dos filósofos gregos. Contudo, só mais recentemente deixaram o caráter acessório com relação a outras disciplinas, passando a constituir um campo próprio de reflexões. O primeiro livro a trazer a expressão *hermenêutica* em seu título é datado de 1654. As disputas religiosas de então movimentaram estudos sistemáticos sobre o sentido dos textos sagrados. Paralelamente à hermenêutica teológica, se desenvolveram outras hermenêuticas: literária, artística e jurídica.⁴

Mas a grande revolução hermenêutica se desenhava em outra área. Na Filosofia, Martin Heidegger se oporia à tradição sistematizadora e conceitual de seu tempo, qualificando-a como esquecimento do tema central que ocupava os filósofos clássicos: a questão do ser. *O que é aquilo que é? O que faz com que seja? O que impede a dissipação do sentido em entes particulares, sem identificá-los todos num grande universal?* Depois que os gregos fizeram essas perguntas, todos os pensadores posteriores tentaram escondê-las com entificações. Época após época, toda relação de conhecimento era remetida a algum ente fundamental, que encobria o sentido do ser. Eis aí os chamados “princípios epocais”: *physis, lógos, hén, idéia, enérgeia*, substancialidade, objetividade, subjetividade, vontade, vontade de poder, vontade de vontade.⁵

³ STEIN *apud* STRECK, 2017.

⁴ GADAMER, 2011, p. 112.

⁵ HEIDEGGER, 1971, p. 94.

Heidegger se dá conta de que, onde quer que a pergunta pelo ser seja feita, põe-se em jogo a interpretação no seu sentido mais originário.⁶ Essa seria a tarefa fundamental da Filosofia. *A própria Filosofia é hermenêutica*. Nas Ciências do Espírito só se fala em hermenêutica num sentido derivado.⁷

O lugar dos sentidos não está mais entificado, preso num fundamento absoluto. Não está mais preso nas essências, nem na consciência, para referir a dois grandes paradigmas filosóficos que ainda ecoam no Direito. Está, sim, lançado na historicidade e na linguagem que lhe dá voz. Aqui linguagem é mais do que a mera enunciação, a dimensão entitativa em que se mostra; cuida-se do universo compreensivo que a sustenta.

Com Heidegger, instaura-se outro paradigma. Falamos aqui de um *paradigma hermenêutico*, pela linhagem que estamos analisando neste tópico. Contudo, levando em conta outros trabalhos filosóficos que se desenvolviam em paralelo, podemos falar também no surgimento de um grande *paradigma da intersubjetividade*.

Caberá a Hans-Georg Gadamer, aluno de Heidegger, fazer o caminho de volta. Gadamer mostra que, além de toda Filosofia ser hermenêutica, toda hermenêutica mantém uma dimensão filosófica, para além das técnicas às quais foi se ligando em cada área do conhecimento.

Sua obra magna, intitulada *Verdade e Método*, vai liberar a verdade da absolutização do método moderno, ligado às Ciências Naturais. Para tanto, parte de três exemplos fundamentais: a obra de arte, a história e a linguagem. Em cada um desses âmbitos se observa um acontecer da verdade que não é redutível a um procedimento.

O foco do livro não era tanto o que fazer, mas o que já nos acontece na compreensão. Contudo, ao reabilitar a verdade em outros tipos de saber, Gadamer forçaria uma discussão sobre o modo de fazer nas então chamadas Ciências do Espírito – que atualmente costuma-se chamar de Ciências Humanas. Afinal, se o conhecimento monológico, centrado num sujeito que domina seu objeto, já se tornava suspeito nas Ciências Naturais, o que dizer das que lidam diretamente com questões humanas?

As breves incursões do filósofo na hermenêutica jurídica já apontam sua preocupação especial nessa área quanto a um intérprete que se coloque acima dos demais:

[...] para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica. Quando não é este o caso, como no absolutismo, onde a vontade do chefe supremo está acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, “pois um chefe supremo pode explicar suas palavras até contra as regras da interpretação comum”. Neste caso nem sequer se coloca a tarefa de interpretar a lei, de modo que o caso concreto se decida com justiça

⁶ “Fenomenologia da presença é hermenêutica no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar” (HEIDEGGER, 2013, p. 77).

⁷ “Por isso é que, radicada na hermenêutica da presença, a metodologia das ciências históricas do espírito só pode receber a denominação de hermenêutica em sentido derivado” (HEIDEGGER, 2013, p. 78).

dentro do sentido jurídico da lei. A vontade do monarca não sujeito à lei pode sempre impor o que lhe parece justo, sem atender à lei, isto é, sem o esforço de interpretação. A tarefa de compreender e de interpretar subsiste onde uma regra estabelecida tem valor vinculante e irrevogável.⁸

Este problema não se dá apenas em situações extremas como a descrita, mas também “implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis”.⁹ Significa isso que o filósofo, no que respeita à aplicação do Direito, não desconsidera o papel produtivo desempenhado pelo juiz na concretização da lei no caso, mas deixa bem claro que não se trata de uma tarefa conduzida por subjetividades, e sim pelo próprio Direito.

Gadamer invoca aqui a classificação dos saberes feita por Aristóteles¹⁰ para explicar a posição especial do saber jurídico. O estagirita falava em: *epistheme*, saber científico; *techne*, saber técnico-artístico, e *phronesis*, saberes prudenciais. Enquadrava, então, o Direito nessa última classe. Mas por quê?

Sua diferença com relação à primeira classe de saberes parece clara. Contudo, cabe uma pequena digressão de nossa parte, sobre como os juristas distorceriam a racionalidade do Direito ao pensá-la exclusivamente a partir da *epistheme*. Alguns céticos, ao constatarem que o Direito não é exato como gostariam, o abandonam à pura irracionalidade.¹¹ Outros juristas tentariam racionalizar o Direito com métodos epistêmicos, avançando sobre questões práticas.¹² Num meio-termo, vemos aqueles que se contentaram em pesquisar a parte dos fenômenos jurídicos teorizável com exatidão, deixando o resto aos atos de vontade.¹³

De volta a Gadamer. Naquele momento, seu foco era a diferença entre o artesão e o jurista.

A reflexão nos ensina que a aplicação das leis contém uma problemática jurídica peculiar. Nisso, a situação do artesão é muito diferente. Este, que possui, o projeto da coisa e as regras de sua execução, e a esta se aplica, pode ver-se obrigado também a se adaptar a circunstâncias e casos concretos, isto é, renunciar a executar seu plano exatamente como estava concebido originalmente. Mas essa renúncia não significa, de modo algum, que com isso se complete seu saber daquilo que ele quer. Ele simplesmente faz reduções durante a execução. Isso é uma real aplicação de seu saber, vinculada a uma imperfeição dolorosa. Ao contrário, todo aquele que “aplica” o direito se encontra em uma posição bem diferente. É verdade que na situação concreta ele se vê obrigado a

⁸ GADAMER, 2012, p. 432.

⁹ GADAMER, 2012, p. 433.

¹⁰ ARISTÓTELES, 1999.

¹¹ Pensemos, de uma maneira ampla, nos realistas jurídicos norte-americanos.

¹² Em certo sentido: ALEXY, 2011.

¹³ KELSEN, 2009.

atenuar o rigor da lei. Mas se o faz, não é porque não seja possível fazer melhor, mas senão porque estaria cometendo uma injustiça. Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor. Em sua análise da *epieikeia*, a “equidade”, Aristóteles formula isso com a mais precisa das expressões: *epieikeia* é a correção da lei. Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. [...] A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.¹⁴

Veja-se como o refreamento do juiz diante da resistência de seu “material de trabalho” não é um defeito, como seria no caso do artesão. É uma virtude da sabedoria prática, pela qual realiza melhor seu ofício.

Gadamer reitera a importância da pertença à tradição, no conhecimento em geral, mas especialmente no Direito. Ao contrário do que pensava o Iluminismo, a tradição não se trata de uma restrição, um defeito da compreensão, mas justamente da condição que torna essa compreensão possível. É importante contextualizar que Gadamer se refere à tradição num sentido profundamente filosófico, para além da mera acepção cultural. Trata-se da entrega, daquilo que se transmite. Assim, a tradição não estaria fechada a mudanças, colocando sempre em movimento elementos de autocrítica em que se compreende melhor.

A partir daí, dimensiona-se a relação entre a sistematização de conceitos jurídicos e a tarefa contínua de sua compreensão:

Entre a hermenêutica e a dogmática jurídica, existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.¹⁵

A compreensão exige sempre essa abertura para a fusão de horizontes interpretativos, para o diálogo com o outro, seja ele um texto de lei, um precedente, a dogmática jurídica, as partes, e o mundo em geral. Isto tudo descreve muito bem o Direito nas suas práticas efetivas, aquilo que “dá certo” nele e o sustenta como atividade que faz algum sentido. Muitos viram também aí lições para melhorar o Direito, pela revisão de suas ilusões metodológicas, do papel desempenhado pela dogmática e as condições institucionais em que se dá a interpretação.

¹⁴ GADAMER, 2012, p. 418-419.

¹⁵ GADAMER, 2012, p. 433.

4 A crítica hermenêutica do Direito

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma escola de pensamento jurídico fundada por um dos autores deste artigo, Lenio Streck, ao longo dos últimos vinte anos atuando como jurista, pesquisador e professor. Ao mesmo tempo em que é teoria, gerando um quadro referencial próprio e baseando pesquisas, é também prática, articulada à cotidianidade do fórum e às questões sociais.¹⁶

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

Desse modo, podemos ver que a hermenêutica se coloca onde não há mais as essências, nem a consciência como fundamento último, mas aquilo que se dá na fluidez da própria história e da dialogicidade. A hermenêutica é esta incômoda verdade que se assenta entre as cadeiras do objetivismo e do subjetivismo. Vemos também que não é relativismo, nem uma verdade absoluta, fora do tempo e do mundo. É, sim, uma verdade que se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem, em que as convicções subjetivistas são constrangidas. Isto coloca a CHD diretamente contra a concepção filosófica chamada solipsismo.

Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a submissão do mundo e do conhecimento à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Assim, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.¹⁷

O sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar: o lugar da fala autorizada, em que quem possui o *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Ilíada*. Eis o delicado lugar do juiz, cuja fala se reveste de poder coercitivo.

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

Diante disso, múltiplas teorias contemporâneas do Direito vêm buscando formas de superar o sujeito solipsista, eliminando-o ou substituindo-o por estruturas

¹⁶ Veja-se sua “obra de base”: STRECK, 2013.

¹⁷ STRECK, 2017.

comunicativas, redes ou sistemas. Algumas, de forma mais radical, aderem até mesmo a um realismo jurídico voluntarista (por todas, vale referir as teorias desconstrutivistas e os *Critical Legal Studies*). Contudo, pela chave de leitura apresentada pela hermenêutica, vê-se que arriscam incidir em novos relativismos ou absolutizações.

A CHD, por sua vez, procura estabelecer controles públicos ao solipsismo a partir da força da tradição e da comunidade de intérpretes. Por isso o lema gadameriano é: “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.¹⁸ Deixemos que as leis democraticamente produzidas deem seu recado. E criemos condições para tanto, na doutrina, no ensino jurídico, na legislação, na prática judicial etc.

5 Crítica hermenêutica e processo judicial

Sabemos que a hermenêutica é mais do que interpretação de textos. Ela é universal: alcança todo lugar em que se dá compreensão. Sabemos também que ela impõe a revisão dos procedimentos monológicos que marcaram o Direito com o método das Ciências Naturais. E o processo judicial é um caso emblemático desse fenômeno, como mostram vários historiadores do tema.

Por tudo o que vimos até aqui, podemos apontar algumas tarefas que uma crítica hermenêutica do processo judicial impõe: i) criticar a deformação do processo judicial pelos métodos das Ciências Naturais, pensados originalmente para que um sujeito domine um determinado objeto; ii) propor formas dialógicas de concretização do Direito, que favoreçam seu controle pela comunidade de intérpretes; iii) vigiar para que essas formas jurídicas não caiam na ilusão de um novo método absoluto de se alcançar a verdade. Cada um desses pontos precisa de maiores explicações e exemplos práticos.

i) Crítica: o processo como método

Há textos clássicos de filósofos¹⁹ e sociólogos²⁰ sobre esse fenômeno. A marca do processo judicial moderno seria essa metologização. Trata-se de uma evolução ambígua, em que formas antigas de dominação davam lugar a formas mais sutis e talvez mais eficientes. Pensemos no papel dos ordálios na dominação tradicional, e sua transição para uma classe burocrática de juízes, fundamental para a dominação racional-legal e um regime de produção capitalista.

No Direito, é brilhante a denúncia realizada por Ovídio Batista (a partir de Gadamer) ao “paradigma racionalista”, alcançando vários institutos processuais, formados sob

¹⁸ GADAMER, 2012, p. 358.

¹⁹ FOUCAULT, 2002.

²⁰ WEBER, 1999.

o “dogma ordinário-plenário-declaratório”.²¹ Sua obra converge em vários pontos com a CHD.²²

Hoje, podemos pensar em duas facetas perigosas do processo como método: a primeira é formalista, apostando em várias etapas procedimentais marcadas pelo ordinariade, rito unificado, cognição ampla e exauriente com possibilidade de tematizar questões laterais no mesmo processo, para declarar o direito preexistente. A segunda é instrumentalista, apostando na criatividade do juiz para flexibilizar o procedimento, constituir o Direito e atingir seus resultados. A primeira lembra a epistemologia de um cientista; a segunda, a técnica de um artesão. Ambas parecem esquecer a virtude prudencial que orienta o jurista. Ambas são estruturadas de maneira monológica, em que um sujeito solitário descobre/cria seu objeto.

ii) Proposta: formas jurídicas dialógicas

Lembremo-nos da advertência de Gadamer, sobre não se poder construir procedimentos a partir da hermenêutica filosófica.²³ Ela é, antes de tudo, aquilo que nos acontece, a própria estrutura profunda comum à compreensão, atravessando todas as hermenêuticas especiais que se desenvolveram em várias áreas.

Certamente, coloca-se aí uma revisão dos exageros do método moderno. Contudo, isto não acaba com as ciências (seus métodos e procedimentos), que precisam de uma entificação mínima para poder operar.

Voltemos, então, às formas jurídicas pelas quais é aplicado o Direito numa sociedade contemporânea. Trata-se de um fenômeno complexo, que combina uma série de questões. Aqui é necessário recorrer a diversos saberes e suas formas de operar. Para relembrar a classificação aristotélica, estão em jogo saberes epistêmicos, técnicos e prudenciais. Pensemos na substituição dos ordálios por provas científicas, nos arranjos logísticos dos tribunais, sem esquecer que essas formas foram sendo positivadas como direitos em si. Falando também por Gadamer, há várias outras preocupações no processo judicial além das hermenêuticas.

Por outro lado, lembremo-nos que a CHD não é mais a hermenêutica filosófica, que lhe serve de pressuposto. Já é Teoria do Direito, incorporando elementos do interpretativismo de Ronald Dworkin,²⁴ e mantendo uma interlocução produtiva com a Teoria do Discurso de Jürgen Habermas – fundamental para a reconstrução do processo judicial como uma espécie de método dialógico.²⁵ Isto tudo é lido criticamente e adaptado à nossa realidade nacional, numa verdadeira antropofagia jurídica. Assim,

²¹ SILVA, 2004.

²² MOTTA, 2012.

²³ GADAMER, 2012.

²⁴ DWORKIN, 2003.

²⁵ HABERMAS, 1997.

a CHD se movimenta de modo abrangente por outros saberes, sem perder essa base hermenêutica.

Dessa maneira, pautaram-se suas intervenções na elaboração do novo Código de Processo Civil. Há alguns artigos que foram emendados por sugestões diretas de um dos subscritores deste artigo, Lenio Streck,²⁶ ao Relator do Projeto na Câmara dos Deputados, Dep. Paulo Teixeira, com a intermediação de processualistas como Fredie Didier, Dierle Nunes, etc. Nesse sentido, podemos citar a retirada da expressão “livremente” do art. 371 do CPC/2015 e artigos correlatos. Também foi sugestão streckiana a alteração do art. 926, que, além do dever de estabilidade, passou a prever o dever dos tribunais em manterem a integridade e coerência da jurisprudência, e o parágrafo 1º do art. 927, estendendo a aplicação dos arts. 10 e 489, §1º, aos juízes e tribunais na formação e aplicação dos precedentes. Assim, o “andar de cima” também fica jungido à própria jurisprudência e a critérios qualitativos para modificá-la. Além disso, apoiou-se bastante a expansão do Direito ao contraditório pelo art. 10 e do dever de fundamentação pelo art. 489, §1º.

Por outro lado, criticou-se bastante a positivação do dever de cooperação processual no art. 6º,²⁷ as dilatações de prazo e alterações de ordem de meios de produção de prova do art. 139, VI, a produção de prova de ofício do art. 370, a ponderação de normas (*sic*) do art. 489, §2º, o julgamento por equidade em casos de jurisdição voluntária do art. 723, parágrafo único, as separações ao longo do Código entre questões de fato e de direito, e os amplos poderes do juiz nas tutelas de urgência e evidência sem que se demarcasse bem seu controle pelas partes.

Havia alguns institutos cuja aprovação era lamentada, embora se nutrissem expectativas de que suas deficiências pudessem ser atenuadas por outros pontos fortes do Código. Era o caso dos embargos de declaração e da teoria da causa madura, que poderiam mostrar algum uso proveitoso se lidos pela estrutura fundamental do novo CPC (contraditório, fundamentação, coerência e integridade). Contudo, tais institutos têm se mostrado problemáticos a ponto de corromperem essas garantias.²⁸

Por fim, há institutos cuja interpretação vem sendo intensamente disputada, como os arts. 927 e correlatos. Muitos pretendem ver neles um sistema de precedentes brasileiro, que funcionaria como um modelo de extermínio de causas por meio de uma imposição de sentidos prontos de cima para baixo. Enquanto isso, hermeneutas defendem sua interpretação como um sistema dialogado de provimentos vinculantes, pautado nas razões substantivas das decisões tomadas em cada caso concreto.²⁹

²⁶ Para uma visão panorâmica: STRECK, 2015.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; FERREIRA LOPES, Ziel; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. O ‘bom litigante’ - Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 1, p. 340-353, 2015.

²⁸ STRECK; FERREIRA LOPES, 2017.

²⁹ STRECK; ABBOUD, 2016.

Certamente, os direitos fundamentais do processo judicial não poderiam ser exclusividade da área cível. Por isso, tem sido constante a disputa interpretativa que estende alguns institutos do novo CPC aos processos do trabalho, penal, juizados, etc., sobretudo aqueles institutos que apenas concretizam direitos previstos na Constituição. Novas reformas legislativas processuais já deverão partir desse patamar, como vem se tentando fazer com o projeto de novo Código de Processo Penal.

iii) Uma ressalva: vigiar a “substância” do procedimento

A preocupação com procedimentos não afasta o caráter “substancialista” da CHD, nos seguintes termos: não há como nos desonerarmos de interpretar, de sempre perguntar pelo sentido, pelo que sustenta uma coisa, suas razões substantivas.

Assim, não pode um processo se fundamentar por um mero diálogo formal, sem garantir que os argumentos das partes repercutam nos fundamentos da decisão. Por exemplo, veja-se toda a discussão surgida em torno da positivação do art. 489, §1º, do CPC/2015. Trata-se de dispositivo que inova ao especificar requisitos para a fundamentação da sentença:

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.

A comunidade jurídica se dividiu, a favor e contra a inovação. De um lado, houve quem reclamasse de uma invasão indevida do legislador ao âmbito da decisão judicial;³⁰ de outro, alegava-se que o artigo apenas concretizava o dever de fundamentação estabelecido pelo art. 93, inc. IX, da CF:

³⁰ O argumento mais comum foi no sentido de que o artigo prejudicaria a eficiência do Judiciário. Isto não deixa de supor uma liberdade judicial de decidir com pouca fundamentação.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Como já foi dito, os membros da CHD se posicionaram em bloco a favor do §1º do art. 489 do CPC/2015. Na linha hermenêutica, podemos ainda acrescentar: mesmo esse importante instituto só garante que o juiz ou tribunal deverá dar respostas aos argumentos formulados pelas partes. O conteúdo dessa resposta (o fundamento da fundamentação) segue sendo uma questão interpretativa que não pode ser garantida previamente por instituto algum.³¹ Assim, não pode o artigo ser convertido numa fria *checklist* cujo mero preenchimento formal bastaria como fundamentação.

Também não pode um procedimento, órgão ou instituto pretender capturar o diálogo num momento para nunca mais precisar dele. Por exemplo: um precedente não se torna vinculante apenas por se tratar de julgado de um determinado órgão de cúpula (uma “Corte de Vértice”, como pretendem alguns),³² se não mantiver razões substantivas para sua aplicação a cada caso concreto. Uma súmula não captura o diálogo. Um julgado, com todo o direito ao contraditório, toda fundamentação, participação de *amicus curiae*, audiência pública jurisdicional, ainda assim não cria uma interpretação definitiva para todo o sempre. Não existe a fórmula processual da verdade absoluta, que vencerá o tempo e o mundo.

Mesmo que diminuamos as expectativas para um processo que garanta acertar ao menos a cada caso, ele também não existe. Podemos pensar em condições procedimentais ótimas para o julgamento de um determinado caso, considerando sua eficiência epistêmica quanto à apuração dos fatos,³³ garantia de influência das partes,³⁴ dogmática e jurisprudência excelentes, e tudo o mais, mas não há um método que garanta previamente a interpretação correta, desonerando assim o intérprete. Mas nem por isso a interpretação correta não existe! O que ela demanda é total responsabilidade, uma genuína atitude interpretativa.

O que nos cabe, então, é buscar a cada caso a resposta correta, articulando sempre o Direito num todo coerente.³⁵ E já fazemos isso minimamente, do contrário

³¹ TASSINARI; FERREIRA LOPES, 2015.

³² MITIDIERO, 2016.

³³ Preocupação discutida por: HAACK, 2017.

³⁴ NUNES, 2012.

³⁵ DWORKIN, 2010.

nosso sistema de justiça se dissolveria nas atitudes cínicas de seus participantes. Também devemos buscar as melhores condições para que essa resposta correta seja dada. Isto passa por uma interpretação do que seria o devido processo, que já é um direito em si.³⁶

6 Considerações finais

Quando um cientista se movimenta paradigmaticamente, localizando-se e operando a partir de uma estrutura mínima de conhecimento (com suas noções de racionalidade, demonstrabilidade, verdade, etc.), atingiu o nível esperado de compromisso entre Ciência e Filosofia. No caso do jurista, pode-se falar aí em *Filosofia no Direito*.

Uma via privilegiada para esta dimensão profunda do discurso jurídico pode ser buscada na tradição hermenêutica. Nela se redescobre a questão central da Filosofia, na pergunta pelo sentido do ser. Assim, toda Filosofia seria hermenêutica no seu sentido mais originário, instaurando-se com isso um novo paradigma: não mais a fundamentação em essências ou na consciência, mas uma verdade que se estabelece dentro do caráter intersubjetivo da linguagem.

Ao se fazer o caminho de volta, da Filosofia às Ciências, percebe-se que toda hermenêutica mantém uma dimensão filosófica, para além das técnicas às quais foi se ligando em cada área do conhecimento. Para além dos procedimentos em que um sujeito domina um objeto, vê-se um mútuo pertencimento desses dois, uma circularidade em que compreender passa por compreender-se. A verdade se vê lançada num diálogo que trazemos (tradição) e no diálogo que fazemos (fusão de horizontes). Com isso, reabilita-se a verdade fora das Ciências Naturais, por meio de outras formas de saberes e racionalidades. No Direito, isto implica outra relação com a dogmática, a decisão judicial, o Estado, etc. Em todos esses âmbitos, o jurista se vê interpelado pelo outro, na compreensão dos textos (lei, doutrina, jurisprudência), do caso concreto e dos demais cidadãos.

Nessas bases, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma escola de pensamento jurídico fundada por um dos autores deste artigo, Lenio Streck, ao longo dos últimos vinte anos atuando como jurista, pesquisador e professor. Com ela, se procura estabelecer controles públicos ao decisionismos a partir da força da tradição e da comunidade de intérpretes, criando condições para tanto, na doutrina, no ensino jurídico, na legislação, na prática judicial, etc.

Por tudo isto, no âmbito do processo judicial, a CHD apresenta algumas tarefas fundamentais: i) criticar a deformação do processo judicial pelos métodos das Ciências Naturais, pensados originalmente para que um sujeito domine um determinado objeto; ii) propor formas dialógicas de concretização do Direito, que favoreçam

³⁶ FERREIRA LOPES, 2017.

seu controle pela comunidade de intérpretes (ex.: contraditório, fundamentação, fim do livre convencimento, coerência e integridade, sujeição dos tribunais superiores aos arts. 10 e 489 do CPC/2015, etc.); iii) vigiar para que essas formas jurídicas não caiam na ilusão de um novo método absoluto de se alcançar a verdade (ex.: debate sobre o sentido do art. 489, §1º, do art. 927, etc.).

The legal process through the lens of Hermeneutical Critique of Law

Abstract: This article intends to serve as a research program for those interested in thinking about the judicial process based on the Hermeneutical Critique of Law. To accomplish that objective, the following path was followed: 1) a presentation of the general proposal of Philosophy in Law; 2) an effort to historically situate the hermeneutic paradigm and its “application” to scientific questions, especially the rehabilitation of the truth it promotes in Human Sciences; 3) an explanation of what the Hermeneutical Critique of Law is; 4) finally, from all the notions raised, some notes were drawn towards a hermeneutical critique aimed at the judicial process.

Keywords: Hermeneutics. Legal process. Manifesto. Research program.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA LOPES, Ziel. Eficiência judicial no Brasil: revisitando princípio, política e processo. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR.; Nelson (Orgs.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- HAACK, Susan. Justice, Truth and Proof: not so simple after all. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 15-41, jul./set. 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, Martin. *O que é isto – a filosofia? Identidade e diferença*. São Paulo: Duas cidades, 1971.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Dos modelos de cortes de vertice: cortes superiores y cortes supremas. In: TARUFFO, Michelle *et al.* (Org.). *La mision de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, p. 33-51, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p33.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Comentários ao art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; FERREIRA LOPES, Ziel; DALLA BARBA, Rafael Giorgio. O 'bom litigante': riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 1, p. 340-353, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; FERREIRA LOPES, Ziel. E os doutores Chicó e João Grilo estão acabando com o artigo 489, §1º, do CPC. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, p. 1-5, 3 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-03/senso-incomum-chico-joao-grilo-acabando-artigo-489-cpc>>. Acesso em: 18 set. 2017.

TASSINARI, Clarissa ; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza *et al.* (Orgs.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos*. São Paulo: Forense, 2015.

WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. (*Economia e Sociedade*, v. II. cap. VII, p. 1-151).

Recebido em: 03.10.2017.

Aprovado em: 30.10.2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; FERREIRA LOPES, Ziel. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 213-228, out./dez. 2017.
