



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
CAMPUS ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
BACHARELADO EM DIREITO

FABRÍCIO SOUSA FEIJÃO

A VALORAÇÃO DA PROVA SOB A PERSPECTIVA DO LIVRE CONVENCIMENTO  
MOTIVADO PARA UMA DECISÃO ADEQUADA

Biblioteca UESPI PHB  
Registro N° M1409  
CDD 340.326  
CUTTER F 297v  
V \_\_\_\_\_ EX 01  
Data 21 / 05 / 15  
Visto *Alon*

Parnaíba

2013

**A VALORAÇÃO DA PROVA SOB A PERSPECTIVA DO LIVRE CONVENCIMENTO  
MOTIVADO PARA UMA DECISÃO ADEQUADA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito da Universidade Estadual do Piauí, como  
requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Esp. Renan Barros dos Reis

Parnaíba

2013

**FABRÍCIO SOUSA FEIJÃO**

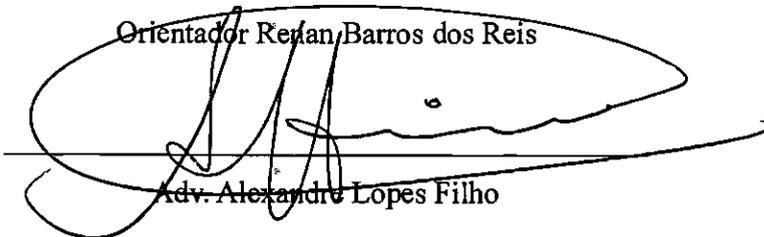
**A VALORAÇÃO DA PROVA SOB A PERSPECTIVA DO LIVRE CONVENCIMENTO  
MOTIVADO PARA UMA DECISÃO ADEQUADA**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí.

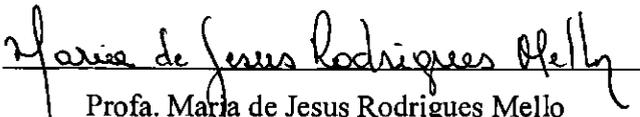
Parnaíba/PI, 05 de dezembro de 2013



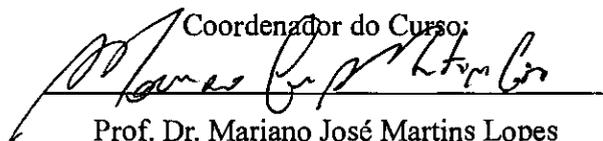
Orientador Renan Barros dos Reis



Adv. Alexandre Lopes Filho



Profa. Marja de Jesus Rodrigues Mello

Coordenador do Curso:  


Prof. Dr. Mariano José Martins Lopes

## RESUMO

A presente monografia tem como objetivo principal demonstrar que a hermenêutica propicia os meios necessários para se apreciar as provas do processo objetivamente, livre das crenças pessoais do Magistrado. Para isso demonstrou-se a importância do tema no cenário jurídico brasileiro, a tendência da prática jurídica em valorizar a subjetividade do Juiz na valoração probatória. Fundamentou-se o trabalho com argumentos objetivos, posições doutrinárias, decisões judiciais e normas legais. O trabalho é consequência de uma pesquisa teórica quanto aos seus objetivos, bibliográfica quanto ao seu objeto de estudo, bem ainda exploratória e descritiva quanto à forma de estudo. O método utilizado para se chegar às considerações finais foi o dedutivo e os dados analisados são qualitativos. Conclui-se pela necessidade de maior desenvolvimento do método hermenêutico capaz de assegurar uma decisão judicial livre de subjetividade.

**Palavras-chave:** Decisão Judicial. Prova. Apreciação. Subjetivismo. Hermenêutica.

## ABSTRACT

This monograph has as main objective to demonstrate that hermeneutics provides the means necessary to consider the evidence of the case objectively, free from personal beliefs of the judge. For this demonstrated the importance of the theme in the Brazilian legal scenario, the trend of legal practice in valuing subjectivity Judge in evidence assessment. It was based on the work with objective arguments, doctrinal positions, judicial decisions and legal standards. The work is the result of a theoretical research regarding its objectives, literature regarding its subject matter, and still exploratory and descriptive on how to study. The method used to arrive at the final consideration was the deductive and qualitative data analyzed. It concludes the need for further development of the hermeneutic method able to secure a judgment free from subjectivity.

*Keywords: Judicial Decision. Proof. Consideration. Subjectivism. Hermeneutics*

Agradeço a Deus, que tanta paz de espírito e equilíbrio me trouxe para a conclusão dessa monografia.

A meus pais pelo incentivo e bom exemplo que sempre me passaram.

A minha esposa Flávia, pelo apoio, compreensão e incentivo aos meus estudos.

As minhas filhas Maria Eduarda e Bruna Feijão por encontrar nelas coragem e alegria para continuar.

A minha avó Joana por me trazer fé com suas orações.

Aos advogados Aléxandre Filho e Adriano Santos pelas experiências profissionais compartilhadas, bem ainda a professora e advogada Maria de Jesus Rodrigues Mello pelo dedicação a profissão que tanto procurou nos transmitir;

Ao emérito orientar Renan Barros dos Reis, pela direção e confiança depositadas neste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>O ATO DE JULGAR</b> .....	<b>9</b>
2.1	DECISÃO E ESCOLHA .....	10
2.2	DECISÃO ADEQUADA .....	10
2.3	DO DIREITO E DOS FATOS .....	12
2.4	DA INTERPRETAÇÃO .....	13
2.5	A BUSCA DA VERDADE .....	15
<b>3</b>	<b>A TEORIA DA PROVA</b> .....	<b>17</b>
3.1	NOÇÕES GERAIS.....	17
3.2	FINALIDADE E OBJETO .....	18
3.3	MEIOS DE PROVAS .....	19
3.4	O RITO PROCESSUAL PROBATÓRIO.....	20
3.5	A PROVA NA JURISPRUDÊNCIA .....	21
<b>4</b>	<b>PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO</b> .....	<b>25</b>
<b>5</b>	<b>CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO</b> .....	<b>29</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>33</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>35</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A busca por uma decisão justa e adequada constitui tarefa **fundamental** num Estado Democrático de Direito, em que ordinariamente se reclama ao Judiciário direitos assegurados pela Carta Fundamental da República. Nesse contexto, a análise e valoração da prova dos autos ganha importância central.

A análise probatória pelo magistrado não pode ser um caleidoscópio de opiniões pessoais, a guiar o magistrado em busca da verdade processual. A análise da prova produzida pelas partes ou de ofício pelo Juiz precisam sustentar-se numa teoria que lhes garanta aproximar-se de um “Direito” livre de arbitrariedade.

Não se pode mais acreditar que, necessariamente, a dignidade do direito dependa da dignidade do juiz, ou mesmo, que o direito valha o que os juízes valham. Portanto, não será o magistrado, com sua particular concepção dos fatos, que fará correções morais de provas defeituosas a fim de chegar a uma decisão justa.

Por tudo isso é que surgiu o seguinte **problema**: é possível que exista um *modus* capaz de assegurar que o Juiz aprecie as provas livre de suas convicções pessoais, a revelar um a decisão justa e adequada ao caso concreto *sub examine*, porém assentada numa racionalidade estruturante para não perder sua cientificidade.

Como bem registrou Lênio Streck com sua tese acerca da Hermenêutica Filosófica, como blindagem contra interpretações arbitrárias, assenta-se no fato de existirem dois vetores de racionalidade, o apofântico e o hermenêutico, circunstância que alguns de seus críticos não perceberam ou não entendem.

Mas essa concepção interpretativa fundamentada no **subjativismo do Juiz** possui origem bem definida. Ela tem sua origem na modernidade, com o iluminismo, onde o objetivismo é superado pela sujeição da coisa pela razão humana, ou melhor, estava posto o esquema sujeito-objeto da Filosofia da consciência.

É exatamente esse subjativismo que liga a filosofia da linguagem ao positivismo jurídico, cuja principal característica é a discricionariedade, entendida como solução dada pela razão prática nos casos em que a razão teórica não é insuficiente.

Posto a problemática, ocorreram *a priori* diversas **hipóteses**. A principal delas, e ponto nodal da pesquisa, focou a solução hermenêutica na “linguagem” como terceiro elemento, e o principal deles, a guiar a atividade do interprete. Linguagem como condição de possibilidade do compreender e aplicar o direito.

A **linguagem** não será abordada pela pesquisa como “palavras” ou “signos linguísticos”, mas sim como sinônimo de “significância” e “significado”, a condicionar o

modo de agir e o discurso do intérprete, e projetando seus efeitos na valoração da prova pelo Juiz.

As hipóteses se confirmarão com o desenvolvimento dos **objetivos** propostos. Em termos gerais, se abordará a teoria da decisão, a teoria da prova, para em seguida discorrer acerca do princípio do livre convencimento motivado e concluir com a abordagem acerca da hermenêutica livre de discricionariedades.

É na **decisão judicial**, em sentido *lato*, que tudo acontece quando se aplica a valoração da prova e o princípio do livre convencimento motivado. Seja ela decisão interlocutória, seja decisão final (sentença). É são as **provas**, por sua vez, revelam o conteúdo que será apreciado pelo Juiz em busca da “verdade”.

A abordagem do **princípio do livre convencimento motivado** demonstrará sua importância como vetor de interpretação do magistrado, mas concebido como elemento integrante da Filosofia Hermenêutica, desvinculando-o do positivismo jurídico.

O último dos objetivos buscará **apontar toda a estrutura teórica da Filosofia Hermenêutica** desenvolvida por Gadamer e seguida por Lenio Streck. Para o que se propõe nesta pesquisa, esta teoria possui a resposta adequada a uma interpretação calcada na integridade do direito posto e na análise do caso concreto, porém distante da subjetividade humana.

Todo o procedimento de elaboração desta monografia utilizou como metodologia a coleta de dados de fontes **bibliográficas**, voltada para aplicação **prática**, ao trazer para a prática o conhecimento acerca da prática interpretativa de valoração das provas, com uma abordagem **qualitativa** do caso, ao buscar compreender o fenômeno, bem ainda **exploratória** ao se aproximar do objeto de estudos por meio de publicações.

Com tudo isso, a pesquisa ganhou força para perseguir seus objetivos e mostrar a importância do tema para a comunidade científica e, em especial, a jurídica. Numa época de ativismo e protagonismo judicial, mas de constitucionalismo e Estado Democrático de Direito, possui status de direito fundamental o *modus operandi* do Juiz na análise probatória, merecendo, portanto, os devidos questionamentos.

ou para fins de julgamento de mérito, constitui aplicação do princípio do livre convencimento motivado.

## 2.1 DECISÃO E ESCOLHA

Para o que se propõe discutir nesse trabalho, merece destaque a diferença entre decisão e escolha feita por Lênio Streck, a revelar que o ato de julgar não pode ser fruto de uma escolha do Juiz dentre opções possíveis.

Para Lenio Streck, decidir é encontrar uma resposta adequada, não uma única, mas a adequada para aquele caso concreto. Segundo seus ensinamentos (2010a, p. 104):

[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada*. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher.

Mais adiante, conclui Streck (2010a, p. 105):

Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui Poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que se quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier ...!

Ao apontar os efeitos dessa diferença, arremata Streck (2013, p.1): “Eis o álbi teórico-retórico: com a livre apreciação, não há erro; não há autoritarismo; há, tão-somente, um engano na “escolha”. Com essa crítica Lenio Streck argumenta que a opção pela “escolha” da melhor decisão pelo Juiz tem sido utilizada como justificativa para eventuais erros de decisão.

Portanto, estabelecer essa diferença se faz importante para a presente problemática, já que o livre convencimento motivado, sob a perspectiva de uma decisão carregada de subjetivismo, nada mais faz que “escolhas” entre as opções que o magistrado pode seguir, ficando ao alvedrio do julgador o certo ou errado para a solução da lide.

## 2.2 DA DECISÃO ADEQUADA

A decisão adequada é o fim principal da análise das provas das alegações de fato do processo. Portanto, sendo o fim almejado, cabem aqui maiores explicitações acerca de sua constituição, ou de como se dá a resposta adequada ao caso fundada na hermenêutica moderna sob a ótica de Gadamer, Dworkin e Lenio Streck.

Constituição [...] Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do princípio democrático – depender da consciência do Juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, pra falar apenas nestes artificios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador [...]

Portanto, ao apreciar as provas em busca do seu sentido mais próximo da verdade, e, portanto, procurando atingir a decisão adequada, o Juiz é livre na formação de sua convicção, porém preso à integridade, coerência e tradição do direito. O juiz poderá adotar uma posição política ou realizar uma valoração moral, porém essa motivação deve se dá dentro das regras e princípios do sistema jurídico.

### 2.3 DO DIREITO E DOS FATOS

Torna-se relevante, para fins didáticos, estabelecer a diferença entre a apreciação que o Juiz faz do direito e dos fatos, já que o presente trabalho se concentra no momento em que as provas das alegações de fatos são apreciadas pelo magistrado, sendo este o fio condutor da pesquisa.

A problemática é, portanto, definir a “forma” com que o Juiz aprecia as provas materializam os fatos alegados pelas partes, utilizando-se ou não de suas impressões pessoais para qualificar os fatos probandos.

Assim, não constitui objetivo aqui analisar a decisão em sua análise fundamentalmente jurídica, ou seja, do direito em que se funda a ação, não obstante conhecer que as provas encontram previsão legal e estas estão submetidas à interpretação do magistrado.

Nesse sentido é que Melo (2012, p. 184) assevera:

O que se deve analisar primeiro: o direito ou os fatos? Sempre é melhor analisar primeiro o direito. Nada na lei impõe essa ordem, na fundamentação o juiz deve, simplesmente, expor suas razões que lhe convenceram a tomar a decisão que será capitulada no dispositivo [...]

Ainda nesse sentido leciona Melo (2012, p. 196):

Analisado o direito, resolvidas as questões jurídicas, é hora de verificar se aos fatos apresentados pelo autor devem ou não ser atribuídos as consequências jurídicas previstas nas normas e já elucidadas anteriormente na sentença. Para isso dois fatores são importantes: a) a prova dos autos; b) se dos fatos, tais quais alegados e provados pelo autor, decorre a consequência jurídica pretendida pelo autor da ação. [...]

Cumprido salientar que, segundo a teoria pós-positivista, não é possível cingir o direito dos fatos para fins de interpretação, já que a legitimidade da direito está diretamente

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios. Invade cada vez mais, o espaço reservado a regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes.

Ademais, em tempos de Pós-Positivismo, ou mesmo Constitucionalismo, onde a sociedade brasileira mostra-se carente de realização de direitos, via acesso ao Judiciário, é de fundamental importância discutir como o Juiz interpreta e aplica o direito em busca de uma resposta adequada.

Existem diferentes abordagens que se pode conferir na **prática interpretativa**, todas envoltas da **relação sujeito-objeto**, elementos integrantes da teoria do conhecimento da Filosofia. No âmbito jurídico, esses elementos tornam-se o intérprete e o fato, como leciona Barroso (2010, p. 4):

A interpretação constitucional, como a interpretação em geral, não é um fenômeno monolítico, singular. Ela é essencialmente plural e comporta ênfase em aspectos diferentes. Em uma análise científica, assim, é possível voltar a atenção, em primeiro lugar, para o *sistema*, isto é, para o conjunto ordenado, princípios e conceitos inerentes ao processo interpretativo. Pode-se, de outra parte, dar um papel destacado ao *objeto*, vale dizer, aos casos concretos, às situações da vida, aos problemas que devem ser solucionados pela interpretação da norma. Por fim, é possível cogitar, ainda, de investigar o papel do *sujeito* da interpretação, voltando os olhos para os valores e a ideologia do intérprete e sua repercussão no produto de seu trabalho.

Reconhecendo existir modelos diferentes de abordagem interpretativa do direito no Brasil, a justificar sua postura crítica aos chamados aos modelos de natureza positivista, que deslocam o *locus* do sentido do texto da lei, democraticamente produzido, na direção do subjetivismo do Juiz, assim leciona Streck (2010b, p.162):

[...] Não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no “imaginário dos operadores do direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber “operacional”. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o sentido que mais lhe convém, o “real sentido da regra jurídica”, etc.

Ainda nesse sentido continua Streck (2011, p. 39):

O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo [...] não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier,

o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen.

Como se vê, a atividade interpretativa, na busca do **sentido** entre a lei e o caso concreto, pode se voltar para a **subjetividade** do intérprete, ou para a **essência** revelada de forma imanente pelos fatos, ou mesmo para a **linguagem**, não como mero conjunto de palavras, mas como elemento estruturador da relação do ser humano com a realidade, compreendendo os fatos probandos mediante um exercício de compreensão orientado pela integridade e coerência do direito.

A atividade interpretativa fundamentada na “linguagem” é produto da Hermenêutica Gadameriana, ou Hermenêutica Filosófica, cujo objeto, segundo Sousa e Branco (2013, p. 14):

[...] contribui no processo de aplicação do direito como uma das muitas formas de realizações das relações humanas de mundo. Portanto, pautada na linguagem como condição de possibilidade de todo compreender e interpretar, condicionado por preconceitos e aspectos históricos-efetuais que lhe garantem compreender e interpretar a comunidade da qual é parte, a partir do seu tempo e do seu ser.

Portanto, defende-se uma interpretação voltada para uma incingibilidade entre fato e direito, relacionando-se numa **circularidade hermenêutica**, orientada pelo significado produzido pela comunidade política e jurídica, como “linguagem”, contudo livre de subjetivismo próprio de paradigmas positivistas, bem como refuta-se que os fatos possam, por si só, revelar verdades como essências, característico da metafísica clássica.

O livre convencimento motivado, como princípio orientador da atividade interpretativa *lato sensu*, deve permitir que o Juiz tenha a liberdade de colher os sentidos a partir da prova dos autos, mas legitimado pela coerência e integridade do direito produzido, sem que a decisão se transforme num caleidoscópio de opiniões pessoais.

## 2.5 A BUSCA DA VERDADE

A teoria desenvolvida com o intuito de permitir ao Juiz as condições hermenêuticas para uma resposta adequada perpassa a busca pela verdade decorrente das provas produzidas no processo.

Ao apreciar as provas produzidas, o Juiz busca extrair a verdade resultante do conjunto probatório, o que segundo as lições de Streck (2010a, p. 28): “[...] provar é produzir um estado de certeza na consciência do juiz, para sua convicção sobre a existência – ou não – de um fato”.

### 3 A TEORIA DA PROVA

#### 3.1 NOÇÕES GERAIS

No campo do direito, a primeira noção que se deve ter do conceito de prova é quanto sua **condição de direito fundamental**. Para Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 18): “O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante.”

Mas não é um direito fundamental absoluto, embora seja concedido o máximo de efetividade a esse instrumento processual, haja vista sua busca por uma tutela jurisdicional justa. Encontra limitações, por exemplo, quando as provas forem ilícitas ou produzidas de forma ilícitas.

O complexo conteúdo do **direito fundamental à prova** encontra-se nas lições de Didier, Braga e Oliveira (2012, p.18): “Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.”

Importante, no que interessa ao presente trabalho, o direito ao exame das provas pelo Juiz, posto que é mais uma garantia de que a decisão possa resultar das provas produzidas, impondo que o Juiz não ignore-a para lançar mão de suas impressões pessoais.

Delineada a primeira noção, passa-se a tratar a fonte originária das questões probatórias. A noção de prova está presente no direito processual e material em suas mais diversas áreas, a exemplo do direito civil e processual civil, penal e processual penal, tributário e processual tributário, além da fundamental contribuição Constitucional. Nesse sentido é que Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 371) asseveram:

Embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo. Mas o novo Código Civil invadiu radicalmente essa área, com disposições de caráter nitidamente processual, o que constitui um retrocesso científico (art. 212 ss.)

A pretensão deduzida em juízo prende-se às alegações de fato feitas pelas partes, cujas afirmações podem ou não corresponder à verdade. Com efeito, as provas constituem o instrumento por meio do qual estas alegações de fatos controvertidos chegam até o Juiz com o fim de lhe convencer.

Assim prevê o CPC em seu art. 332, *ipsis litteris*: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para

provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. (EDITORA SARAIVA, 2013, p. 394).

Por isso ganha notoriedade o conceito de prova como meio de demonstração da verdade de uma afirmação. Contudo, juridicamente, o conceito de prova ganha diversos significados segundo as lições de Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 43):

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos da causa de pedir.

Não obstante a prova esteja voltada eminentemente para as questões de fato, prevê o código processual civil regra expressa a exigir prova da regra de direito alegada, em seu art. 337, *in verbis*: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.” (EDITORA SARAIVA, 2013, p. 394).

Dessa forma, em se tratando da apreciação das provas para uma decisão adequada, a adequada produção e avaliação da prova nos autos assume papel relevante, pois, assim, o magistrado, liberto de subjetivismo, se aproximará da decisão justa.

### 3.2 FINALIDADE E OBJETO

Definir a **finalidade e objeto da prova** resta fundamental para a atividade do julgador, pois são esses elementos que delimitam a campo de compreensão do Juiz quanto à veracidade das provas produzidas.

Não obstante a celeuma quanto ao **objeto da prova**, o objeto da prova produzidos pelas partes são os fatos, embora não se possa demonstrar como os fatos se deram precisamente, pois é utópico pensar em reconstituir exatamente os fatos ocorridos.

Para Didier, Braga e Oliveira (2012, 44), o que se prova são as alegações de fatos e não os fatos em si, já que os fatos como realmente aconteceram não podem ser reconstituídos pela experiência humana, pois o que se busca é buscar a veracidade ou falsidade das alegações sobre o fato, *in verbis*:

Costuma-se dizer que os fatos da causa compõe o objeto da prova (*thema probandum*). A doutrina mais moderna, porém, nessa essa conclusão. Afirmam que “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a

verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas ou verazes.”

Mas esse trabalho abona a tese de Humberto Teodoro Jr. de que o objeto da prova são os fatos ocorridos, já que para o consagrado autor (2012, p. 427): “[...] provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos”. Prova disso é que somente os fatos *relevantes, controvertidos e determinados* devem ser provados.

Por outro lado, a **finalidade da prova**, para o processo moderno, é permitir que o juiz se convença da verdade processual que aparenta ser a realidade. Observe-se que toda a teoria que estuda a finalidade da prova está amparado no conceito de “busca da verdade”.

Segundo Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 74):

Há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

Sabendo que a **verdade absoluta** é inalcançável, bem ainda a ineficácia das provas analisadas sob o aspecto formal, adotou nosso código dos ritos a terceira teoria, segundo o qual a finalidade ou objetivo das provas é oferecer ao juiz suporte necessário para formar sua convicção.

Adverta-se que o conceito de **finalidade da prova** é diferente da definição conceito de **destinatário**, de forma que se tem o Juiz como destinatário direto e as partes como destinatário indireto.

Assim, destinando-se a prova ao Juiz, com o objetivo de convencer-lhes sobre os fatos probandos, numa atividade de amplo contraditório, não autoriza o magistrado a valorar a prova segundo seu entendimento pessoal ou intimidade, decorrentes de seu temperamento, frustrações e personalidade, já que estes não pertencem aos fatos objeto das provas, nem estão sujeito ao controle das partes.

### 3.3 MEIOS DE PROVA

As provas encontram previsão nas leis processuais e materiais, contudo é no código dos ritos e código civil onde elas possuem uma previsão geral dos seus tipos que, a depender do critério utilizado, podem provas típicas e atípicas.

Segundo o vigente Código Civil:

findando-se na audiência. Contudo, algumas provas, a exemplo da documental, podem ser produzidas na fase postulatória, conforme dispõe o art. 396 do CPC.

Existe, por outro lado, dentro da instrução processual um **procedimento probatório** reservado à coleta de provas, obedecendo a requisitos de forma e oportunidade (momento) para que produza a eficácia que delas se espera. Segundo Júnior (2012, p. 441): “**três estágios compreendem o procedimento probatório: a proposição, o deferimento e a produção**”.

A **proposição** da prova se dá na **inicial**, como prevê o art. 282, VI, do CPC, ao dispor que a petição inicial indicará as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, bem ainda na **defesa**, como autoriza o art. 300, CPC, quando informa que compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

O **deferimento e produção** de provas ocorrem, via de regra, respectivamente na fase de saneamento do processo e audiência de instrução e julgamento. Contudo, a **prova documental**, por sua característica singular, seu deferimento e produção realizados na fase postulatória.

Note-se que o princípio do livre convencimento motivado deve aplicar-se ao procedimento probatório, fase em que as provas estão sendo colhidas, contudo nenhum juízo de valor antecipado poderá guiar o magistrado, a levar o Juiz obter respostas antes das perguntas.

Na fase decisória, que se sucede à probatória, é que incide, decisivamente, o livre convencimento motivado. É claro que algumas **decisões liminares** requerem do magistrado uma apreciação antecipada das provas de forma a fundamentar sua decisão.

Ocorre que nestas decisões não há um profundo exame das provas produzidas nos autos, dada a precariedade de sua tutela, mas ainda sim, ao exarar uma liminar o Juiz deve analisar a qualidade da prova produzida a justificar sua convicção, ainda que superficial e momentânea da questão controvertida.

### 3.6 A PROVA NA JURISPRUDÊNCIA

Julgar conforme sua própria consciência, com arrimo no princípio do livre convencimento motivado, passar a ser o elemento que sustenta o imaginário de muitos magistrados brasileiros, o que se pode perceber em alguns julgamentos.

Expressões do tipo: “estou julgando de acordo com a minha consciência”, ou “julgando conforme o entendimento pessoal sobre o assunto” ou mesmo “sentença decorre do sentir” podem ser vistas em muitos julgados.

Observe-se os acórdãos a seguir, um do STJ e outro do STF, em que abordam-se o princípio do livre convencimento motivado na apreciação da prova, *ipsis litteris*:

**DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MEIOS DE PROVA DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE.**

O critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 (renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) não impede a concessão do correspondente benefício assistencial, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. A CF assegura um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. A Lei n. 8.742/1993 dispõe que a concessão desse benefício será devido a quem não possua meios de prover sua manutenção ou cuja família possua renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. No julgamento do REsp 1.112.557-MG, representativo de controvérsia, o STJ firmou o entendimento de que a limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, visto que esse critério é apenas um elemento objetivo para aferir a necessidade. Ademais, no âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz, não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, essa delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado, não podendo vincular o magistrado a um elemento probatório sob pena de cercear o seu direito de julgar. Precedente citado: REsp 1.112.557-MG, DJe 20/11/2009. AgRg no AREsp 224.185-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 2/10/2012.

EMENTA DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. A condenação por tráfico de drogas e por associação para o tráfico de drogas prescinde da efetiva apreensão de entorpecentes na posse de um acusado específico, cuja responsabilidade pode ser definida racionalmente, a despeito de apreendida a droga na posse de terceiro, com base no contexto probatório, a autorizar o provimento condenatório. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à condenação. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 103736, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2012 PUBLIC 15-08-2012)

Já nos acórdãos a seguir, nos termos que interessa, argui-se o uso da “consciência” na valoração das provas, *in verbis*:

[...]

II Tráfico

Materialidade positivada pelo laudo definitivo de substância entorpecente (fls. 08), que comprova que a substância encontrada em poder do acusado era cocaína.

Autoria inequívoca face à prova testemunhal produzida. Ao contrário do que alega a defesa, a prova carreada aos autos é firme e segura no sentido de proclamar o real envolvimento do acusado na empreitada criminoso de que ora se cuida.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. (cf. art.157, do CPP).

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. (cf. Da Exposição de Motivos do CPP, item VII)

A autoria do delito, evidenciada nos depoimentos de testemunhas diretas ou presenciais, de visu, não se queda, no sistema do livre convencimento, diante de simples e obstinada negativa do agente.

(...)

In casu, a prova testemunhal é clara e coerente ao narrar que, diante do recebimento de denúncia anônima, policiais dirigiram-se à residência do acusado e lograram encontrar, próximo ao portão, 19 sacolés, contendo um total de 8,5g.

[...]

STJ. HABEAS CORPUS Nº 211.530 - RJ (2011/0151071-1)

[...]

Urge registrar que o Magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua própria convicção. É isso o que prega o princípio da livre convicção estampado no artigo 131 do Código de Processo Civil, no entanto a celeridade e efetividade processuais são matérias de ordem pública (artigo 125 do Código de Processo Civil c.c. artigo 50, inciso LXXVIII, da Constituição brasileira) em que toda interpretação deve ser feita no sentido de dar a solução jurídica no menor espaço de tempo, uma vez que a demora somente beneficia quem não tem razão.

[...]

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 86.354 - MS (2011/0287189-3)

[...]

Esse raciocínio está bem explicitado no seguinte trecho do voto do Min. Carlos Brito: "Senhora Presidente, adianto que continuo no entendimento de que ato

de improbidade administrativa não se confunde com infração penal comum, crime de responsabilidade, crime militar, crime eleitoral ou crime político. Cada coisa é cada coisa, com sua antologia, seus contornos constitucionais; cada um tem regime jurídico próprio, inconfundível com o do outro. Entendo, porém, na linha do voto do Ministro Carlos Alberto Direito, que iniciou a divergência, que a Constituição Brasileira tratou os membros do Poder Judiciário sem hierarquia, nenhuma hierarquia. Um juiz de Vara, um juiz substituto não conhece hierarquia no plano funcional, detém uma competência técnica para julgar como bem entender, segundo o tribunal de sua própria consciência. Ou seja, o Poder Judiciário se marca por duas independências: uma perante os demais Poderes; outra, interna corporis - cada magistrado é absolutamente insubmisso a regras de subordinação hierárquica. Entretanto, a jurisdição é hierarquizada, é escalonada, tanto a jurisdição como o sistema de retribuição pecuniária - não por acaso correm paralelamente, parselhas. Toda a jurisdição brasileira obedece a um regime jurídico de escalonamento rigoroso segundo a própria característica piramidal do sistema jurídico.

STJ. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 33 - MG (2011/0109282-7)

No julgamento do Habeas Corpus nº 93.157-0 SP, do STF, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski exarou a seguinte decisão:

[...]

A apreciação da conveniência quanto à realização da prova submete-se aos pressupostos previstos em lei e, não obstante haja um considerável grau de discricionariedade do magistrado para justificá-la, é imprescindível que a fundamentação se baseie em elementos dos autos que, no mínimo, indiquem a real possibilidade de perder-se a prova.

[...]

Na mesma linha, vale lembrar o julgamento do Agravo de Instrumento nº 7256094200 do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o Desembargador Gilberto dos Santos exarou a seguinte decisão:

Portanto, deve se ter em mente que a norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com **tranquilidade de consciência**, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito

Como pode ser visto nas decisões, os Tribunais e seus integrantes ainda são orientados pelos valores de uma decisão carregada de subjetivismos, como se inafastável uma carga discricionária da decisão. Ocorre que é possível sim, sendo necessário que o Juiz compreenda o sentido que decorre do mundo exterior ao seu, bem ainda a integridade do direito posto.

#### 4. O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVECIMENTO MOTIVADO

Ao manipular os meios de provas, constante dos autos, com vistas a produzir a certeza ou convicção do julgador acerca dos fatos litigiosos, não deve o Juiz agir arbitrariamente, mas observar o “sistema probatório” conferida pela dogmática processual vigente. Segundo Júnior (2012, p. 429):

Três são os sistemas conhecidos na história do direito processual:

- a) O *critério legal*;
- b) O *da livre convicção*;
- c) O *da persuasão racional*.

Consoante o art. 131 do Código de Processo Civil, o magistrado apreciará os fatos segundo as regras de livre convencimento, mas deverá atender aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e, ainda, indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Nas lições de Júnior (2012, p. 430):

Adotou o Código, como se vê, o sistema da *persuasão racional*, ou “livre convencimento motivado”, pois:

- a) Embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos;
- b) A observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo Juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais;
- c) O juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide;
- d) As sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Para Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 40)

Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. Desenvolveu-se sob a influência das ideias iluministas do século XVII. É o sistema regido por nosso CPC (art. 131).

Acrescenta Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 41) que:

No sistema de livre convencimento motivado, veda-se, na apreciação dos fatos, *juízo de equidade*: o magistrado “ não pode considerar provados os fatos só por que lhe pareça justo acolher o pedido inicial, devendo isso sim basear-se em juízo de verossimilhança, fundados na experiência geral

Urge mencionar, a propósito do disposto no art. 335 do CPC, o que leciona Júnior (2012, p. 430):

[...] há de se ter em conta que as *máximas de experiência* não se confundem com o conhecimento pessoal do juiz sobre algum fato concreto. Este testemunho particular do juiz não pode utilizar na sentença, por que obtido sem passar pelo crivo

do contraditório e por que quebra a imparcialidade resguardada pelo princípio dispositivo. As máximas de experiência não se ressentem dessas impropriedades, uma vez que não decorrem de ciência privada do juiz acerca dos fatos concretos. Representam, na verdade, percepções em abstrato do que ordinariamente acontece.

Como se percebe culpa não cabe ao magistrado de não ter feito justiça diante da lide quando as partes não cuidam de usar suas faculdades em busca da aproximação da verdade real no processo, pois somente às partes, ou às contingências naturais, se pode imputar tal atribuição.

Sob a égide do Processo Penal, Távora e Alencar (2013, p. 409) define o sistema de livre convencimento motivado como: “[...] o sistema reitor no Brasil, estando o juiz livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada (art. 93, IX, CF).”

É o que se extrai do art. 155, do CPP, *verbis*: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (EDITORA SARAIVA, 2013, p. 619).

Não é outra a posição da teoria filosófica defendida por Lenio Streck a corroborar a ideia de que o Juiz não está livre para decidir segundo sua consciência. Ao criticar o princípio do livre convencimento, aplicado ao código de processo penal, conclui Streck (2010, p. 48/49):

[...] passou longe das mudanças paradigmáticas no campo da filosofia. Isso por que, quando de fala da formação do convencimento do juiz, está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidades que o juiz/intérprete possui para decidir. Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O Juiz decide por “livre convencimento”? Mas, *o que é isto, o “livre convencimento”?* A decisão não pode ser “o produto de um conjunto de *imperscrutáveis* avaliações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo”.

Ao justificar as razões e origem de sua tese, doutrina Streck (2010, p.105):

A tese que venho propondo em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise e Verdade e Consenso*, obras que servem de substrato para as presentes reflexões, é *uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin*, com o acréscimo de que a resposta (decisão) não é a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição [...] Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do princípio democrático – depender da consciência do Juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, pra falar apenas nestes artificios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador [...]

Lenio Streck aborda, com críticas, o instituto do livre convencimento como autorização dada ao Juiz para decidir discricionariamente, segundo suas convicções íntimas sobre as provas dos autos. Para Streck (2010, p. 26):

[...] em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e sim, pelo critério inquisitivo do julgador.

Nesse mesmo sentido continua Streck (2010, p. 20):

Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais ) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essas questões aparecem devidamente autorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes.

Para Lenio Streck, essa atitude subjetivista do Juiz é resultado de lições positivistas ainda arraigadas no imaginário do direito atual, contemporâneo, que vige sob a égide do constitucionalismo.

Para os positivistas o Juiz (intérprete) assujeita a lei com sua vontade pessoal, passando a dono dos sentidos, pouco importando para eles os critérios utilizados na interpretação, segundo as lições de Streck (2011, p. 62):

E extremamente complexo dizer o que é **positivismo jurídico**. Entre tantas acepções acerca do tema, poder-se-ia acentuar algumas teses centrais, isto é, os principais aspectos que constituem o positivismo pós-exegético [...]

c) Que as normas jurídicas de um ordenamento não “cobrem” todas as hipóteses de aplicação. Isso quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionarietà, poder “delegado” aos juízes (é nesse ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *selbstsüchtiger* – da modernidade).

Para resolver esse problema, argumenta Lenio Streck que o giro-ontológico-linguístico, paradigma da filosofia da linguagem, promoveu a inserção da “linguagem” na hermenêutica moderna, de forma que o sentido agora não mais se extrai da vontade pessoal do Juiz (intérprete) e sim da intersubjetividade, compartilhada pela comunidade jurídica/política, ou produção democrática do direito, ou coerência e integridade.

Por tudo isso é que Streck (2010, p.16/17) afirma:

Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidades desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vem a mão.

Nesse sentido é o pensamento de Casara (2010, p. 2):

Salta aos olhos que a dogmática processual penal brasileira mostrou-se satisfeita com os efeitos da incidência do princípio do livre convencimento motivado, símbolo do domínio da razão, sobre o imaginário dos atores jurídicos e dos consumidores da justiça, e, desde então, desconsiderou cada transformação nos paradigmas do pensamento, cada ferida narcísica sofrida pela razão ocidental (de Darwin e Marx a Freud e Heidegger).

Dessa forma, pode-se concluir que o princípio do livre convencimento motivado, não deve guiar o Juiz pelo caminho da razão pura, sob a forma de argumentação, a justificar a paradigma positivista, cuja avaliação das provas resultava da mera subsunção, ou de critérios pessoais do julgador, mas sim o guiar pelos significados fixados pela produção democrática do direito, resultado da intersubjetividade e integridade da norma, e não resultado de uma visão solipsista do magistrado.

## 5. CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Toda a teoria hermenêutica abordada neste trabalho perpassa necessariamente pela **relação sujeito-objeto**, elementos que, por sua vez, compõe a teoria do conhecimento objeto de estudo da Filosofia. Isso por que tanto a **Teoria do Conhecimento** como a **hermenêutica**, ainda que com abordagens divergentes, buscam o **sentido** das coisas. A hermenêutica o sentido dos enunciados normativos diante do caso concreto.

Sob a perspectiva puramente filosófica, Aranha e Martins (1993, p. 23) concluem: “A **teoria do conhecimento** é uma disciplina filosófica que investiga quais são os problemas decorrentes da relação entre sujeito e objeto do conhecimento, bem como as condições do conhecimento verdadeiro”.

Por outro lado, Streck (2010a, p. 13) nos trás a ideia de **sujeito e objeto** com os seguintes argumentos: “Na modernidade o homem não é mais sujeito às estruturas (lei). Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a assujeitar as coisas (a lei). É o que se denomina de **esquema sujeito-objeto [...]**”.

Esse sujeito de que trata a relação sujeito-objeto, que retrata o paradigma da subjetividade, refere-se ao sujeito solipsista, para quem, segundo Streck (2010a, p. 58): “[...] a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência. Isso exsurge, por exemplo, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (sic) como o do “livre convencimento do juiz” e ou “livre apreciação da prova”.

A hermenêutica, enquanto ciência que estabelece os elementos de interpretação da norma, portanto fundamental na compreensão, interpretação e aplicação das normas de garantia dos direitos fundamentais, deve, a todo instante, buscar **afastar do intérprete suas posições pessoais**.

Nem sempre foi assim, é claro. Para os **Positivistas**, por exemplo, o intérprete deveria **subsumir os fatos às normas**, pois estas deviam prever todas as hipóteses de aplicação. Não existindo previsão legal para a hipótese, a decisão ficaria **submetida à vontade do julgador**.

Segundo Streck (2011, p. 63), o Positivista normativista é defensor da ideia de que interpretar a lei é um ato de vontade. Por isso é que o autor afirma que para o positivismo jurídico:

As normas jurídicas de um ordenamento não cobrem todas as hipóteses de aplicação. Isso quer dizer que haverá “casos difíceis” que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso á discricionariedade, poder “delegados” aos juizes (é nesse ponto que o positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *selbstsuchtiger* – da modernidade)

Essa abordagem subjetivista em busca do sentido da norma é própria do paradigma da **Filosofia da Consciência**, teoria antecessora da **Filosofia da Linguagem** cuja tese é responsável por retirar do intérprete a produção do sentido das coisas. Para Streck (2010a, p. 17): “A linguagem é o que está dado, que e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento”.

Ainda por traçar um paralelo entre a **filosofia da consciência** e o **giro linguístico**, diz Streck (2011, p. 65):

Não é possível continuar a sustentar, por exemplo, a separação do direito da moral nestes tempos de superação do paradigma da **filosofia da consciência** e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo **giro linguístico-ontológico**. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo.

Daí a **contribuição da Filosofia da Linguagem** ao conhecimento hermenêutico jurídico, pois como nos afirma Streck (2010a, p.18): “[...] em tempos de **viragem linguística** [...] não poderiam passar despercebidas *teorizações* ou enunciados performativos que reduzem a complexíssima questão do “ato de julgar” à consciência do intérprete [...]”.

Não obstante a influência exercida pela linguagem como condição de possibilidade de interpretação, demonstrado pelas teorias de Gadamer, Lenio Streck e outros, continua a influenciar os juristas a **instrumentalidade positivista**, como afirmar Streck (2010a, p.9):

Embora parcela considerável da comunidade jurídica acredite que o direito é uma **racionalidade meramente (ou “puramente”) instrumental** – no que não discrepa sobretudo de determinadas visões advindas da sociologia ou até mesmo da filosofia – venho trabalhando de há muito na **contramão** dessa tese. Os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do direito deveriam ter-nos ensinado que o direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento. É como dizer: depois dos fracassos do positivismo em expungir a moral do campo jurídico, algo tinha que ser feito. Dito isso o direito não poderia ficar imune aos influxos das profundas transformações ocorridas no campo dos paradigmas filosóficos.

Assim, a passagem do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem significa considerar que a **linguagem**, para além de ser mediadora da comunicação humana, é **elemento estruturador da relação do ser humano com a realidade**.

Dessa forma, para a hermenêutica, o fundamental não é a relação sujeito-objeto, mas sim a linguagem, a intercomunicação entre as pessoas, geradora de intersubjetividade. A relação passa de sujeito-objeto para **sujeito-sujeito**.

Acerca da **importância da linguagem** para a interpretação e aplicação do direito, Streck (2010a, p. 16/17) sustenta que:

Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidades desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vem a mão.

Com essa abordagem Lenio Streck nos propõe que numa relação hermenêutica entre o interprete e as provas das alegações dos fatos, na busca de extrair o sentido necessário à formação da convicção do julgador, não poderá o julgador extrair a verdade unicamente das provas, nem tampouco da vontade legal ou do julgador, mas sim do significado produzido pelas provas (coisas) em conformidade com o **direito produzido democraticamente, sua tradição e coerência junto à comunidade política e social.**

Com isso quero dizer que Streck (2010a, p. 104) propõe um modelo hermenêutico amparado por regras que visem garantir os seguintes objetivos:

- a) Preservar a autonomia do direito;
- b) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade);
- c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito;
- d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais;
- e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

Como modelo de **aplicação prática** da hermenêutica filosófica, cite-se exemplo dado por Streck (2010a, p. 32):

[...] parecer razoável afirmar – a partir de uma abordagem hermenêutica – que, quando a lei estabelece que *o juiz pode determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes*, sua decisão deverá estar fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa, como, aliás, bem frisou o voto vencido. Além disso, a urgência de que fala a lei deve ser considerada levando em conta toda a *história institucional* das decisões anteriores que tratam dessa temática, respeitando a *coerência e a integridade*.

Assim, conquanto o Direito deva regular as relações interpessoais solucionando conflitos, o Juiz, ao aplicar a lei, que possui caráter geral e abstrato ao caso concreto, deve condicionar-se pela **tradição** e nem por isso deixa de tomar uma decisão justa e adequada, pois os **valores que o envolvem são compartilhados pela sociedade na qual se inserem.**

Acerca do conceito de **tradição**, Streck (2011, p. 61) explica:

[...] Gadamer vai resgatar o **valor da tradição**, colocando a pré-compreensão como condição de possibilidade. Mas há algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana: essa pré-compreensão está evitada de faticidade, do modo prático de ser-no-mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica moderna. Também Dworkin que, ao se contrapor ao positivismo discricionarista, assenta sua tese na integridade do direito e na moralidade institucional.

É necessário ficar claro que, neste trabalho, defender o controle hermenêutico da decisão judicial, livre de subjetivismo, não é simplesmente se manter contra as atividades do Juiz de atribuir sentidos ou escolhas, mas cuida-se de sair em defesa da democracia, produção democrática da lei e as condições de possibilidade de controle das decisões judiciais.

Por todo o exposto, deduz-se que a “**crítica hermenêutica do direito**”, por ele assim definida, vem resgatar o **mundo fático** na atividade de interpretação, por muito tempo esquecida pelo **positivismo** sob o argumento de que a pluralidade de ideias não permitiam sua racionalização pelo direito.

O **mundo fático** é resgatado pela viragem linguística para repudiar a atividade do Juiz que, ao decidir, busca valorar as provas simplesmente pelo uso de suas razões, através de métodos de argumentação, extraídos do próprio texto legal, como se somente a norma contivesse a solução do caso através do método.

A se comportar como sujeito pensante, fonte de toda razão humana, para produzir o sentido dos textos legais e valorar as provas, o Juiz esquece que o próprio pensamento é condicionado pela linguagem decorrente dos significados produzidos pelos fatos.

Antes mesmo de interpretar e aplicar a norma, o Juiz deve **compreender** o sentido produzido pela intersubjetividade decorrente do caso concreto e daí, num exercício de circularidade hermenêutica, extrair a decisão justa para aquele caso, orientada pelas regras e princípios constitucionais.

Portanto, não só dos fatos decorre a decisão, mas deles é que nasce o significado que melhor conduzirá a aplicação da norma, segundo regras que atendam a integridade do direito, a coerência das decisões, a tradição jurídica.

O que se busca, verdadeiramente, é que o Juiz não seja **essencialista**, ao buscar nos fatos os sentidos, como se os conceitos fossem capaz de representar fenômenos jurídicos, nem mesmo seja **solipsista**, ao ponto de utilizar-se de seu pensamento racional para chegar aos sentidos das coisas, mas sim buscar o sentido das provas num exercício de circularidade hermenêutica entre o caso concreto e o direito, de forma que suas concepções subjetivas resem superadas pela intersubjetividade, e o sentido da norma seja produzido conforme a integridade e coerência do direito.

A **dificuldade** encontrada foi extrair aplicabilidade prática ao tema abordado, dado que o campo filosófico é de devida abstrato em seus conceitos e definições.

Ainda sim, os **resultados** surgiram. Pode-se concluir que, por influência da filosofia da linguagem, o Juiz possui as condições necessárias para decidir, em especial na análise das provas, livre de suas convicções pessoais.

Surge então a necessidade de que o Juiz se deixe influenciar pela hermenêutica filosófica, de forma a exarar uma decisão comprometida não só com a integridade do direito, mas também como a democracia, posto que decisão arbitrária não condiz com o Estado democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires; **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 103736**. Ação que versa sobre reexame de fatos num tráfico de drogas. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Ação de Improbidade Administrativa nº 33-MG**. Ação de Improbidade que trata de privilégio de foro para agentes políticos. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 23 de setembro de 2013c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 86.354-MS**. Ação que versa sobre gratuidade de justiça e cerceamento de defesa. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 10 de maio de 2013b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 224.185-SP**. Ação que versa sobre meios de prova no direito previdenciário. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 02 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 211.530-RJ**. Ação que versa sobre liberdade em ação penal. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de maio de 2013a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 93157**. Ação que versa sobre antecipação de provas no processo penal. Relator: Ministro Meneses Direito. Brasília, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 7256094200**. Ação revisional de contrato de abertura de crédito. Relator: Desembargador Gilberto dos Santos. São Paulo, 31 de julho de 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

CASARA, Rubens R R. **O mito do livre convencimento motivado: dogmática processual vs a tradição e o inconsciente**. Disponível em: [http://facha.edu.br/dmdocuments/direito1\\_ARTIGO2.pdf](http://facha.edu.br/dmdocuments/direito1_ARTIGO2.pdf). Acesso em: 05 out. 2013

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2012.

EDITORA SARAIVA. **VADE MECCUM OAB E CONCURSOS**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para uma resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **Sentença cível: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SOUSA, Laís Cristina Neiva de; BRANCO, Esther Maria de Sá Castelo. O papel da linguagem na hermenêutica filosófica de Gadamer: a linguagem como condição de compreensão do problema da hermenêutica moderna. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 18, n. 3671, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24969/o-papel-da-linguagem-na-hermeneutica-filosofica-de-gadamer-a-linguagem-como-condicao-de-compreensao-do-problema-da-hermeneutica-moderna>. Acesso em: 28 out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **APLICAR A "LETRA DA LEI" É UMA ATITUDE POSITIVISTA? Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>. Acesso em: 28 out. 2013

\_\_\_\_\_. **Apreciação de Provas: como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assim-cada-analisa-acordo-convencimento>. Acesso em: 28 out. 2013

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêuticas e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2013.