

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

NAIGGEL MANSELL DOS SANTOS

A HERMENÊUTICA E OS LIMITES DO LIVRE CONVENCIMENTO

**ARACAJU
2018**

NAIGGEL MANSELL DOS SANTOS

A HERMENÊUTICA E OS LIMITES DO LIVRE CONVENCIMENTO

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe – FANESE, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Valfran Andrade Barbosa

**ARACAJU
2018**

S237h

SANTOS, Naiggel Mansell dos.

A Hermenêutica E Os Limites Do Livre Convencimento /
Naiggel Mansell dos Santos; Aracaju, 2018. 55 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. Valfran Andrade Barbosa

1.Hermenêutica 2. Livre Convencimento Motivado 3.
Critérios Para Formação do Juízo de Fato I. Título.

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

NAIGEL MANSELL DOS SANTOS

**A HERMENÊUTICA E OS LIMITES DO LIVRE
CONVENCIMENTO**

Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe,
como requisito parcial para a conclusão
do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovado em 01/02/18

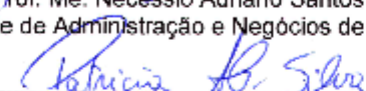
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Valfrean Andrade Barbosa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Nécessio Adriano Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Patrícia Andréa Cáceres da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho à Graça Divina que colocou em minha vida a minha querida mãe Jivanilde dos Santos, o motivo da minha inspiração, alegria, paz e equilíbrio.

À minha família que é a essência do caráter que carrego. Aos meus amigos, em particular, ao John, pelo incentivo; ao Prof. Dr. José Tana, por me ouvir e ensinar que tudo aqui neste mundo é efêmero; à Ítala, pela conversa incentivadora; aos colegas do cotidiano, como o Luciano pelo apoio nas configurações do trabalho, à Silene, pela parceria de trabalho; ao meu confidente Marcelo, por ser esse parceiro incentivador, enfim, a todos que direta ou indiretamente passaram em minha vida e doaram um pouco de si.

Muito obrigado.

*“Viver honestamente a ninguém
ofender, dar a cada um o que é
seu.”*

ULPIANO.

RESUMO

O presente trabalho pretende mostrar a importância da mudança de hábitos anteriormente praticados por juízes e tribunais, relacionados à apreciação do processo. Por muito tempo a apreciação processual era entendida como uma análise, na qual se levava em consideração exclusivamente o convencimento íntimo do juiz e as decisões não refletiam a amplitude das provas apresentadas, mas, o interesse pessoal do julgador, que fundamentava a decisão conforme a sua própria convicção. Atualmente, foi estabelecido o conceito de persuasão racional, no qual, a apreciação do processo deve ocorrer de modo amplo e extensivo, capaz de abranger todas as provas apresentadas. Aliada a esta apreciação, está a hermenêutica, que é compreendida como a ferramenta que conduz ao real sentido das coisas. Sendo assim, ela passou a ser utilizada na apreciação processual, tornando notória a aplicabilidade do princípio da persuasão racional. O discurso jurídico passou a assumir a conotação de refletir a verdade dos fatos e o real sentido das coisas. A persuasão, arma importante do discurso, passou a ser demonstrada nas ideias coerentemente apresentadas no texto. E em consequência disso, o uso adequado da escrita e a interpretação textual ocuparam um lugar importante nas discussões apresentadas no processo, tornando possível decisão mais justa.

Palavras-chave: Hermenêutica. Livre convencimento motivado. Critérios para formação do juízo de fato.

RESUMEN

El proyecto de investigación pretende mostrar la importancia del cambio de hábitos anteriormente practicados por jueces y tribunales, relacionados a la apreciación del proceso. Por mucho tiempo la apreciación procesal era entendida como un análisis, en el que se tomaba en consideración exclusivamente el convencimiento íntimo del juez y las decisiones no reflejaban la amplitud de las pruebas presentadas, sino el interés personal del juzgador, que fundamentaba la decisión conforme a su propia convicción. En la actualidad se ha establecido el concepto de persuasión racional, que según él, la apreciación del proceso debería ocurrir de modo amplio y extensivo, capaz de abarcar todas las pruebas presentadas en el proceso. Aliado a esa apreciación está la hermenéutica que se aborda como la herramienta que conduce al verdadero sentido de las cosas. Así, cuando la hermenéutica pasó a ser utilizada en la apreciación procesal, la aplicabilidad del principio de la persuasión racional se tornó notoria. El discurso jurídico, en ese momento, pasó a ser entendido como aquel que reflejaba la verdad de los hechos y el verdadero sentido de las cosas. La persuasión utilizada en los discursos comenzó a ser demostrada en las ideas que pasaron a respetar la coherencia textual. Y en consecuencia, se frenó el uso adecuado de la escritura y de la interpretación que pasó a ocupar un lugar fulcro en la confusión de las discusiones presentadas en el proceso, hizo posible la adecuación de decisiones más justas.

Palabras clave: Hermenéutica. Libre convencimiento motivado. Criterios para la formación del juicio de hecho.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A HERMENÊUTICA.....	13
2.1 Conceito.....	13
2.2 A Hermenêutica Jurídica.....	16
3 O DISCURSO JURÍDICO	20
3.1 conceito.....	20
3.2 A função do Discurso Jurídico.....	22
3.3 A Apreciação do Discurso Jurídico.....	26
4 INTERPRETAÇÃO.....	29
4.1 Conceito.....	29
4.2 Tipos de Interpretação.....	31
4.3 A importância da Interpretação.....	34
5 ARGUMENTAÇÃO.....	36
5.1 Conceito.....	36
5.2 A Argumentação Jurídica.....	37
6 LINGUAGEM JURÍDICA.....	41
6.1 Conceito.....	41
6.2 A Utilização adequada da Linguagem Jurídica.....	42
7 AS IDEIAS JURÍDICAS.....	45
7.1 Conceito.....	45
8 LIVRE CONVENCIMENTO.....	48
8.1 Os limites do Livre Convencimento.....	48
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente a discussão apresentada neste trabalho pretende mostrar o papel da hermenêutica como uma ferramenta que auxilia na interpretação legal, possibilitando ao julgador apresentar o seu entendimento. Além disso, esclarecer que entendimentos diversos não devem ser sinônimos de interpretações discricionárias.

Quando o poder judiciário não está atento aos limites da interpretação legal, corre um sério risco de se apropriar da competência legislativa que não lhe é comum, posto que, quando a zona limítrofe do entendimento legal é extrapolada, os extremos são essencialmente revelados.

A busca pelo equilíbrio é uma tarefa árdua, uma vez que o direito é aplicado à sociedade, que sofre as influências das forças dos processos de alteração dos paradigmas sociais que imprimem no conceito de equilíbrio características provisórias e dinâmicas.

Para delimitar os extremos e encontrar o equilíbrio é necessário entender os limites sociais nos aspectos naturais, individuais e coletivos com os quais eles se apresentam na sociedade, e a tarefa de identificação desses fatores, além de relevante, é determinante para que se estabeleça a aplicabilidade legal.

A realidade do meio jurídico vem demonstrando que grande parte dos julgadores imprime a subjetividade com a qual o mundo é entendido, nas decisões que lhes são submetidas à apreciação, dando uma conotação particular, que por vezes revela juízo de valor, entendimento pessoal, preconceito, entre outros fatores, que deveriam ser elementos estranhos ao entendimento imparcial deles.

O uso indiscriminado da interpretação legal tem sido tão absurdo, que notoriamente surgem afirmações sobre 'um determinado tribunal que tem legislação própria', 'certo juiz que tem a própria forma de aplicar a lei', 'uma determinada vara que tem um juiz que sentencia favoravelmente determinado tema', entre outras citações que apenas apresentam nitidamente a fragilidade do judiciário.

Este trabalho abordará a importância da hermenêutica para o entendimento legal, mostrando o seu papel de limitadora dos extremos

encontrados entre os julgados nas diferentes instâncias, e conferindo estabilidade às discussões oriundas dos problemas sociais.

Nesse mesmo sentido, será apresentada a contribuição da hermenêutica e seu papel de limitadora do livre convencimento, mostrando que a busca exagerada e soberba pelo poder na esfera judiciária, apenas favorece a insegurança jurídica dela decorrente.

Streck (2014), afirma que o neoprocessualismo judicial está permeado do protagonismo que contraditoriamente concebe o entendimento legal desconsiderando as perspectivas do discurso, fundamentando as decisões judiciais na discricionariedade e no decisionismo, considerados elementos prejudiciais, contudo, ressalta a relevância do estudo dos princípios que auxiliam na aplicabilidade das normas legais, como a solução para as questões apresentadas no litígio.

Desse modo, a hermenêutica estará sendo apresentada como balizadora das divergências encontradas no ordenamento jurídico, conferindo significado aos pleitos submetidos ao crivo do judiciário e afastando a insegurança jurídica.

O interesse pelo tema abordado neste trabalho surgiu dos problemas do livre convencimento imotivado apresentado nos diversos estudos realizados na atualidade, especialmente das contradições e divergências significativas, apresentadas nos pareceres judiciais referentes ao mesmo objeto quando submetidos às mais diversas instâncias, bem como, da relevante contribuição da hermenêutica para o aprimoramento da interpretação das informações apresentadas nos processos submetidos à análise judicial.

Partindo da apresentação realizada e da representatividade do assunto, foi formulado como objetivo; analisar a influência do livre convencimento na apreciação coerente da composição processual.

Especificamente, pretendeu-se entender a relação entre o livre convencimento e a apreciação do discurso jurídico normativo apresentado no processo, compreender a contribuição da interpretação teleológica no discurso jurídico, identificar a in (coerência) apresentada na apreciação da composição processual, relacionar o convencimento do juiz com a construção coerente das ideias apresentadas no discurso jurídico normativo e apontar as consequências do distanciamento das zonas limítrofes do entendimento legal no momento da apreciação processual.

Muito embora a hermenêutica e a relação com o livre convencimento seja um tema que tenha representatividade, justifica-se a importância da sua abordagem para apresentar soluções inteligentes, que apontem os problemas das decisões judiciais, dirimindo o distanciamento e a desconfiança jurídica que sonda a justiça brasileira pela perspectiva social. Ou seja, a insegurança jurídica perpassa as discussões apresentadas em todo tipo de obra acadêmica e é considerada um problema social, uma vez que, observada a notoriedade que uma decisão judicial representa particularmente à mudança de rumo da vida de uma pessoa e coletivamente de uma sociedade.

A metodologia utilizada na confecção do trabalho a ser apresentado foi a pesquisa bibliográfica, que auxiliou na fundamentação das ideias e construção das relações entre os textos, reunindo o conhecimento teórico e permitindo uma análise sistematizada do objeto de estudo.

O trabalho está dividido em sete principais capítulos. Inicialmente com a intenção de mostrar a importância da hermenêutica como instrumento a serviço da interpretação. Consequentemente estão abordadas as formas de argumentação, a linguagem apropriada utilizada na construção de um discurso coerente, as formas de interpretação de um discurso. E, finalmente, foi abordado o convencimento judicial com sendo o clímax do processo de construção de sentido das ideias abordadas no discurso.

2 HERMENÊUTICA

2.1 CONCEITO

Para Magalhães (2009), a hermenêutica é um método científico que funciona como auxiliar do direito na busca unificada e racionalizada pela objetividade das coisas, estabelecendo um diálogo entre os sentidos e o objeto de análise. Em consequência disso, assume uma posição importante na busca pela variação jurídica apresentada nos discursos, imprimindo significado nos textos legais e apontando quão apropriado será o viés utilizado pelo julgador na composição das suas decisões.

A hermenêutica age como definidora do sentido do direito, validando a interpretação das ideias, confrontando e interligando questões culturais presentes na construção dos significados apresentados nas normas, corroborando com Magalhães, (2009, p. 11) quando diz que “[...] a norma deve ser justa e a sua aplicação equitativa.”.

A operacionalização das ideias legais apresentadas no discurso jurídico exige a maestria de um artífice, considerando que, segundo Magalhães (2009), a falta de racionalização prejudicará a compreensão das ideias apresentadas no arcabouço argumentativo, resultando em uma produção imperita, que desconsidera o saber sistemático e causa prejuízo à interpretação da norma legal.

A falta de efetividade na construção das ideias apresentadas no discurso resta demonstrada quando a vantagem social a que ele se destina não é atendida, posto que, o bom discurso não é aquele que apresenta afinidades com o entendimento de determinado juiz ou tribunal, mas, aquele que encontra identidade legal, justa correspondência e que estabelece um vínculo mútuo correspondente com as ideias que seduzem ao convencimento jurídico.

Evidencia-se nitidamente na obra de Streck que a hermenêutica deveria ser um instrumento consolidador do entendimento legal, contudo, o que ocorre é uma instabilidade institucional no judiciário, capaz de fomentar um desarranjo no qual as decisões judiciais são constantemente reformadas, repercutindo negativamente, criando uma insegurança jurídica decorrente da adoção de uma

postura reformadora em relação ao entendimento das decisões submetidas à reanálise.

Entretanto, cabe salientar, que, considerando a questão da insegurança jurídica trazida à baila por Streck, no Brasil, a reanálise das questões controversas é perfeitamente necessária, uma vez que a parcialidade apresentada no judiciário é gritantemente absurda, senão ridícula, e se assim não ocorresse, o poder judiciário seria anárquico e caótico.

Desse modo, é possível notar que as decisões mais uníssonas são aquelas resultantes das grandes repercussões, isso porque causa a necessidade de que a apreciação da questão seja colegiada, e ainda assim, é comum a existência de grande divergência entre os julgadores, tomando como exemplo a repercussão das decisões dos Ministros do STF – Supremo Tribunal Federal.

Considerando esta postura divergente, torna-se notório que a instabilidade do setor judiciário aumenta cotidianamente, e que tem contribuído para fomentar a notória desorganização institucional que tem matado a democracia, na medida em que nutre o antagonismo da população em relação ao entendimento e a interpretação de questões controversas.

Por outro lado, é óbvio que um tribunal não deve agir, por exemplo, da forma como o Supremo Tribunal Federal tem agido, na qual um ministro concede uma decisão liminar unilateral, considerando a repercussão do pleito, sem consultar o entendimento dos seus pares, de forma colegiada.

Tomando por base os Estados Unidos, uma decisão de relevante repercussão social é discutida de modo colegiado no Supremo Tribunal, contudo, no Brasil, os ministros que deveriam decidir de modo uníssono, ficam emitindo pareceres divergentes e causando a insegurança jurídica instaurada nos últimos anos, fazendo com que a aplicabilidade da hermenêutica seja largamente repensada, uma vez que a interpretação é resultado de uma multiplicidade de fatores e discussões.

A situação apresentada na atualidade evidenciada nos tribunais é ainda mais tóxica, uma vez que, uma decisão liminar dada por um tribunal, a qual diverge em seu teor completamente do posicionamento da sentença do juiz de primeiro grau, tem o toar do tribunal questionado em consequência de

insatisfação do magistrado que entende que a sua decisão deve ser atendida ao seu bel prazer e discricionariedade, sem respeitar o que diz o texto legal.

Exatamente neste contexto, é preciso fazer uma análise da origem da palavra hermenêutica, que resultou na concepção do significado que remete à revelação dos sentidos das coisas. Segundo Soares (2017), a palavra hermenêutica remete ao Deus-alado Hermes, figura da mitologia grega, que fazia a mediação entre Deus e os homens, trazendo o sentido real das palavras, uma espécie de mensageiro do destino.

Nesse mesmo sentido, é impossível entender hermenêutica sem que seja abordada a questão da interpretação, uma vez que ela, reveladora do entendimento, é incorporada à própria vida, aguçando a necessidade humana de deduzir o significado dos signos que são cotidianamente apresentados.

É importante salientar que, embora o sentido das coisas seja dado pela hermenêutica, às especificidades da interpretação dependerão das diferentes perspectivas pelas quais determinados temas serão observados, que consequentemente poderão ser remodelados em conformidade com o olhar analítico do observador.

A interpretação resultante da hermenêutica deve ser entendida como a atribuição do sentido, levando-se em consideração os paradigmas filosóficos, científicos, metodológicos, bíblicos que sistematizarão as técnicas de dedução dos sentidos.

Conforme anteriormente relatado por Streck (2014) a hermenêutica imprime sentido, baseando-se em um conjunto de aspectos subjetivos do entendimento do observador, que deve ser considerado na atribuição da significação, contudo, o sentido não é discricionário, ao contrário, é resultante de influências que não desconfigura a compreensão correta do objeto de apreciação.

Soares, (2017, p. 20) diz que: “A leitura de um texto implica, assim, em um dialogar com um autor e esforçar-se por reencontrar a sua intenção originária.”, entretanto, este esforço para que se encontre a origem das ideias do autor é subjetivo, quando o próprio artífice dos textos legais diverge das ideias pós-concebidas e depreendidas deles no momento da interpretação.

Portanto, a segurança jurídica e a harmonia são fundamentais ao processo de interpretação a partir do paradigma da hermenêutica jurídica, uma

vez que é garantidora de um posicionamento pautado no mapeamento das circunstâncias que insurgiram e que devem ser sanadas através da recriação dos influxos sociais que tornou notória a sua existência.

2.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica aplicada à formalidade do discurso possibilita que as ideias submetidas à apreciação judicial sejam analisadas levando em consideração os elementos sociais, temporais e doutrinários do objeto, contraditoriamente ao que Kelsen defende quando separa o sentido das coisas, do espaço, do tempo, do material e da pessoalidade do comportamento baseado nas normas que estabelecem os limites.

Contudo, Maximiliano (2009, p.9) afirma:

“Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o substratum de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.”

Nestes termos, é possível verificar que a hermenêutica jurídica possibilita a mudança no entendimento legal, quando este apresenta ideias injustas, negligentes e inconstitucionais e essas mudanças ocorrem porque o direito dito de modo justo tem o poder de escravizar o judiciário e o colocar numa posição de servidão na busca pela justiça.

Embora as palavras justiça e justo sejam equânimes, não são sinônimas, mesmo porque, o servo da lei no sentido amplo está resguardado dos efeitos limitados da justiça, contudo, passa a depender do direito justo, soberano, independente e distante da realidade social.

Neste contexto, a atividade dos juízes e tribunais é de dizer o que é justo, ao apreciar objetivamente o caso concreto e suas especificidades, de acordo com o que tange a norma legal, desconsiderando a própria visão política das coisas, conduzindo e motivando livremente o seu convencimento ao determinar o direcionamento legal, alcançando o que é justo. A justiça-valor é o melhor

entendimento da aplicabilidade do direito, e deve ser analisada sob a perspectiva do que é justo.

Conforme Streck (2014) o processo hermenêutico faz com que a mudez da norma, quando questionada, inquirida e trazida ao espaço-temporal tenha o seu correto sentido produzido.

Na hermenêutica jurídica, o processo de busca do sentido da lei deve ser levado em consideração a interpretação do juiz, a argumentação do advogado, a declaração das partes, o que é produzido pelos teóricos, o que os legisladores sancionam e o que os doutrinadores criticam.

Resta estabelecer, que a hermenêutica jurídica é fulcrada no entendimento do juiz, de um modo que, como salienta Costa (2008) a hermenêutica clássica era fundamentada exatamente no sentido das ideias do texto, contudo a forma jurídica de interpretação hermenêutica deveria parametrizar métodos que fossem capazes de estabelecer o modo como o julgador conduziria os critérios da sua decisão, contudo, por mais vastas que fossem as ideias apresentadas ao julgador, ainda assim não poderiam ser concebidas como uma sistematização dos métodos por ele utilizados.

Neste mesmo diapasão, quando é observada a presença dos termos método, critério, manuseio e orientação no que tange a generalidade do termo hermenêutica jurídica, um questionamento deve surgir quanto à razão das divergências encontradas neste tipo de interpretação, dado a forma cartesiana de encontrar o entendimento de coisas análogas e a resposta residiria tão somente na discricionariedade que o julgador conduz a sua decisão na busca exagerada e soberba pelo poder e favoritismo.

É neste aspecto da interpretação, que brilhantemente Streck (2014), retrata a questão do decisionismo, baseado no favoritismo do julgador, que quando deveria se colocar numa posição de imparcialidade no momento da tomada de decisão dos rumos de um determinado assunto que foi colocado à apreciação do seu entendimento, decide de modo parcial e quiçá irresponsável.

De igual modo, o juiz deve basear suas decisões em dados reais, sem que se deixe influenciar por suas concepções pessoais, mesmo porque ao juiz é concedida a possibilidade de que seja realizada uma livre investigação científica, o que o permite subsidiar as suas teses em bases sólidas e dados reais, conforme Billier (2005, p. 272), quando diz:

“[...] dados reais que constituem as realidades sociais, econômicas, físicas e também morais, sobre as quais se inscrevem as regras jurídicas; os dados históricos que constituem a tradição, a história institucional e tudo o que se liga à história particular de um país; os dados racionais que constituem tudo o que se refere à ‘natureza das coisas ou do homem’, a sua essência, apresentando as características da necessidade, da imutabilidade e da universalidade, em suma, que constituem ‘o irreduzível do direito natural’; os dados ideais que correspondem às aspirações mais profundas do homem.”

Existem muitos aspectos que deveriam ser considerados no estudo da hermenêutica jurídica, como por exemplo, um controle rigoroso da precisão da aplicabilidade dos conceitos considerados nos tribunais, o uso de uma metodologia que orientasse a adaptabilidade das normas frente à volubilidade das variações da realidade social e a propagação de um novo entendimento quanto à aplicabilidade legal, assim procedendo, o judiciário seria enaltecido e apagaria a ideia generalizada de desorganização institucional apresentada na contemporaneidade.

A interpretação originária da hermenêutica jurídica tem a função não somente de buscar o entendimento do elaborador do texto legal que está sendo analisado, mas também de formar um entendimento em relação aos casos concretos que são submetidos à apreciação judicial, elucidando que é preciso que seja feito uma análise que possa ir além da interpretação literal dos textos.

O que conforme (Maximiliano, 2009, n.p.):

“É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, faz-se mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”

A hermenêutica possibilita que através da interpretação o texto revele além do que está escrito, isso por que, quando se trata de textos legais, o entendimento é constantemente revisto de acordo com a nova realidade social que é apresentada.

Desse modo, o juiz como um intérprete da lei e aplicador de jurisprudência, deverá preencher espaços que a lei não consegue justapor,

atuando de modo libertador e amplo, usando as possibilidades legais que existem, de modo que não a venha contradizer.

Para Laurez (1997, p. 69):

“[...] Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a jurisprudência dos interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto na medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de desenvolver o direito não apenas na fidelidade à lei, mas de harmonia com as exigências da vida. [...]”

Quase que unissonamente existe um toar entre os autores que concorda que o entendimento legal oriundo da hermenêutica jurídica não confere ao julgador a superioridade de entender que decisões importantes estão nas mãos deles e que eles têm o poder de decidir discricionariamente, ao contrário, o que é conferido ao julgador é o poder de usar da ampla possibilidade de interpretação e saneamento do problema que está submetido à apreciação dele de um modo inteligente, objetivo, seguro e perfeitamente justaposto.

3 DISCURSO JURÍDICO

3.1 CONCEITO

O discurso sempre foi o melhor instrumento de controle utilizado em toda história humana, e ele está diretamente relacionado com a capacidade de convencimento que um indivíduo pode exercer sobre outro indivíduo ou um determinado grupo de indivíduos.

Para Habermas (1974, p. 287),

“o discurso jurídico não pode mover-se auto suficientemente num universo hermenêutico fechado do direito vigente; precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais, que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito.”

Desse modo, Habermas se posiciona em relação ao discurso jurídico como sendo um instrumento que tem o objetivo proporcionar uma abertura ao diálogo, e é através dessa abertura que o discurso é utilizado como ferramenta de desconstrução de amarraduras que são, por vezes, difíceis de serem modificadas, uma vez que o direito é apresentado no seu entendimento como um limitador.

Contudo, Sousa (2011) apresenta as ideias de Foucault e coloca o discurso jurídico em um patamar hierárquico de superioridade, sendo considerado um procedimento de controle, a serviço do poder, da dominação, um instrumento ideológico e político.

Assim, se por um lado Foucault compreende o discurso como um instrumento a serviço da dominação, no qual o falante adentra o discurso e torna-se sujeito dele, Habermas, o entende como uma ferramenta que possibilita a comunicação e que permite a revisão dos sentidos apresentados em discussões anteriores, de modo que, a comunicação não seria estabelecida em consequência da limitação apresentada decorrente da impossibilidade de apresentação de contrarrazões.

Habermas (1997, p. 287) entende que:

“a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.”

Para Sousa (2011, p. 23-24), o discurso pode estar dividido de duas maneiras:

“Materialmente, seja no plano oral ou escrito, o discurso é a fala atravessada por uma ordem simbólica, a mesma que, mediante procedimentos de exclusão e controle, converte o falante em sujeito do discurso; Formalmente, o discurso é a ordem, isto é, os preexistentes princípios de exclusão, controle e rarefação que constituem o sujeito mediante a fala ancorada no indivíduo falante.”

Sousa apresenta com nitidez que Foucault concebe o discurso tanto por uma perspectiva dominante, quanto dialógica, e é exatamente o diálogo que interessa a este trabalho, uma vez que o processo dialógico é importante para mostrar o poder exercido através da formulação de ideias consistentes.

Doravante, o discurso jurídico deverá ser entendido, conforme apresenta Sousa, como sinônimo de *ordem*, desempenhando a função de exclusão, controle e rarefação.

Na contemporaneidade não existe mais espaço para o decisionismo, para o favoritismo, para a acepção por classes, para a divisão e tipificação por gêneros e juízo de valor entre outros, mas, para um discurso que valorize e estimule a correta compreensão legal.

Quando Sousa fala em um discurso que propicia a exclusão, ele está tratando de uma medida que afaste as possibilidades divergentes de interpretação textual e nesse sentido, o falante, quando se torna sujeito do discurso, tem o dever de afastar as divergências, na medida em que dialoga, dominando o discurso, contrapondo de um modo coerente e inteligente todas as divergências que porventura possam ser lançadas para obstaculizar a defesa de um fato que está sendo discutido.

O controle, por sua vez, é uma característica que deve ser comum ao falante durante o discurso, uma vez que, funciona como diferencial, e quando aplicado corretamente faz a diferença no momento sustentação da tese no âmbito judicial, assim, o falante deverá melhorar a argumentação, porque o argumento sempre será a única forma de controlar um discurso.

E por fim a rarefação que é a capacidade de o falante diminuir ao máximo as possibilidades controversas de argumentos que possam ser lançadas para contrariar o seu discurso.

Souza (2011) diz:

“Mas cabe aqui enfatizar que, pensando nos termos de Michel Foucault, o importante é guardar que a fala e o indivíduo falante são os ingredientes essenciais que o discurso – formalmente concebido como ordem – investe para constituir o indivíduo como sujeito e dotar de sentido os enunciados que produz. O investimento da ordem discursiva sobre a fala ou a enunciação é tomado como as condições de possibilidade do discurso e do sujeito que nele se produz.” (p. 24)

A constituição do falante em sujeito do discurso ocorre quando este se apropria do sentido interno e externo da palavra, tendo em vista que a palavra proferida pelo falante não deve ser considerada como discurso se estiver destituída de significação.

O conceito de discurso deve ser concebido como a palavra sofrendo as influências dos princípios e regras, isso porque não é a aleatoriedade das palavras que devem ser consideradas para a defesa de uma tese, nem mesmo o domínio e exclusão que o discurso propicia.

O discurso jurídico, acima de tudo, deve ser concebido como uma ferramenta que permite dialogar e expor de um modo relevante o sentido extraído da lei, no momento da resolução de uma situação que é apresentada ao judiciário.

O julgador, por sua vez, deve entender que o sujeito do discurso é a argumentação utilizada e que o falante é apenas um instrumento a serviço da emissão dos sentidos mediante regras e princípios de controle.

A linguagem sem estes balizadores é vaga e sem sentido, o que para Foucault seria considerado como a aleatoriedade das palavras.

Portanto, o discurso jurídico serve para que o falante venha argumentar de um modo coerente e conseqüentemente para que seja dada aplicabilidade legal ao caso concreto.

3.2 A FUNÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO

O discurso jurídico tem a função de dar significado ao normativo legal apresentado no processo, conferindo sentido e importância às ideias defendidas e possibilitando o convencimento de juízes e tribunais, por essa razão, Cialdini (2017, p. 105) aponta seis fatores que influenciam na persuasão, são eles, a reciprocidade, a escassez, a autoridade, a consistência, a afinidade e o consenso.

É possível afirmar que quando o resultado do processo judicial é semelhante ao esperado, na prática ocorreu a aplicação de reciprocidade.

A esse respeito, Friede (2006, p.45) declara:

“É por esta razão que, independente da simples vontade derivada da valoração particular e subjetiva do juiz, não pode o mesmo conceder qualquer tipo de medida judicial sem a comprovada presença da totalidade de seus requisitos condicionadores [...]”.

Logo, a construção do discurso jurídico deve ultrapassar os limites do que dizem as palavras e se estabelecer na importância da argumentação, que deve apresentar os elementos necessários à persuasão.

O discurso tem a função de exprimir a ideia que o falante pretende emitir, estabelecendo uma comunicação com o interlocutor que irá depreender as informações que dele estão sendo disseminadas, e essa lógica de emissão e recepção de ideias não é tão fácil assim, porque a tarefa de discursar está muito além do simples fato de se transmitir uma informação, discursar exige do falante que se aproprie de regras e princípios que estão diretamente relacionados.

Desse modo, a função do discurso está além de um emaranhado de palavras que objetivam a comunicação, afinal, o discurso tem uma função de interação e envolve os fatores sociais e culturais dos participantes.

O discurso jurídico tem a função de dominação e deve ser corretamente utilizado através de uma linguagem clara que funcione como a ferramenta chave para que o objetivo esperado seja alcançado, a saber, a persuasão.

Considerando que a linguagem seja o meio sistemático pelo qual a informação será transmitida, é importante que a comunicação seja estabelecida adequadamente através do seu uso.

O jurista precisa estar munido de uma boa argumentação, e argumentar bem é sinônimo de ser entendido, é tornar possível a experiência da aceitação pessoal de um determinado raciocínio, é envolver, é apresentar outra perspectiva de entender um mesmo assunto.

Além disso, o discurso jurídico quando transmitido de uma maneira pública deve utilizar a ação comunicativa com a finalidade de corresponder a expectativa a ser alcançada pelo interlocutor, munindo-o de informações pertinentes e lógicas, apresentando uma nova ótica de resolver a problemática dos casos submetidos, cotidianamente, aos tribunais e que necessitam de um parecer final e resolução.

Esse tipo de discurso deverá imprimir a mesma capacidade de envolvimento, seja na forma oral ou escrita, contudo, para que se estabeleça a compreensão, diante do fato de ser um tipo de discurso utilizado nos tribunais, é preciso que apresente a formalidade e a linguagem adequada, considerando que é um tipo de discurso utilizado por profissionais que exercem a atividade jurídica, a saber, advogados, promotores e defensores entre outros.

Nesse mesmo sentido, é preciso entender que o objetivo do discurso jurídico é convencer e mostrar ao magistrado a necessidade de aplicação de um normativo jurídico ao caso em análise.

O conteúdo a ser abordado será estruturado de modo que apresente as seguintes partes; uma introdução, na qual o tema e as ideias abordadas serão apontados e o desenvolvimento, no qual os dispositivos legais que auxiliarão no esclarecimento do tema estarão dispostos.

Para que a função comunicativa do discurso seja efetivada é fundamental que os argumentos do emissor sejam coerentemente organizados, considerando os objetivos estabelecidos inicialmente na confecção deles.

O conteúdo do discurso jurídico é formado pelas normas, pela jurisprudência e pela doutrina, sendo um instrumento que permite envolver o magistrado e apresentar o entendimento legal de um modo favorável ao tema que está sendo defendido.

O jurista deve apresentar suas ideias de modo que os temas controversos que estão sendo abordados no desenvolvimento do seu discurso sejam esclarecidos, mostrando que ideias controversas podem ser compreendidas de

um modo peculiar, o que não quer dizer que são entendimentos divergentes, mas que está sendo apreciado por outra perspectiva.

A composição do processo deverá apresentar ideias claras, compondo o raciocínio dos questionamentos abordados com uma linguagem que deflua o entendimento legal e que possibilite um diálogo coerente com o julgador, isso porque a argumentação utilizada no discurso jurídico funciona como uma ferramenta que permite a construção de estruturas coerentes de raciocínio que possibilitam ao julgador apreciar o processo por uma perspectiva mais ampla.

Neste sentido, persuadir, além de uma função essencial do discurso, é uma ação que ocorre antes do convencimento, que é o momento da tomada de decisão, contribuindo para que o julgador, antes de convencido, seja seduzido a aceitar o raciocínio proposto no discurso pelo jurista.

É importante entendermos a importância de cada elemento do discurso, desde a palavra, que é o elemento fundamental da linguagem jurídica e que é utilizada para representar os objetos reais ou abstratos, até a formação do discurso.

Logo, devemos entender que a frase é a união de palavras que são relacionadas com o objetivo de formar uma unidade de expressão, de maneira que possa representar fidedignamente a expressão verbal do que se deseja dizer.

Quando combinadas, as frases formam orações que é um elemento gramatical utilizado para exprimir uma ação, que quando reunidas com coerência e coesão, formam o discurso que é a expressão lógica e racional das ideias.

A classificação do discurso jurídico quanto a sua forma pode ser considerada como acadêmica, que é aquele no qual é pronunciado por humanista, cientistas, educadores, em entidades educativas ou em reuniões em caráter literário científico ou artístico.

Também, é possível enumerar o discurso forense que é aquele utilizado nos tribunais durante o desenvolvimento das manifestações orais, nas quais o orador deverá conhecer o tema jurídico abordado, sendo capaz de estabelecer relações e competências com o objeto do discurso.

A fase oral, utilizada nos tribunais, é importante para que algumas brechas que deixaram de ser abordadas nas manifestações escritas possam ser esclarecidas ao julgador, definindo o resultado do pedido abordado no discurso.

O discurso será considerado político quando for estabelecido entre o povo e seus líderes, também poderá ser utilizado pelos parlamentares nas câmaras e assembleias legislativas através da oralidade.

Cabe salientar que o discurso será considerado social quando houver o uso de vocabulário apropriado às situações de despedida, de boas-vindas, ou mesmo, de chegada de pessoa importante.

Portanto, o discurso jurídico que é apresentado de um modo peculiar, se comparado com os demais, será constituído por uma linguagem objetiva, concisa, clara e rica em significados, que permitam ao operador de direito dizer o que pretende da situação trazida à discussão.

3.3 A APRECIACÃO DO DISCURSO JURÍDICO

A apreciação do discurso jurídico é realizada pelo julgador que analisa o mérito levando em consideração os elementos da composição processual, como por exemplo, os conceitos doutrinários, a abordagem utilizada para defender o tema e o modo persuasivo como o discurso é escrito, por meio destes elementos, o convencimento será estabelecido, de modo que o Estado-Juiz se apresentará na figura do próprio julgador como autoridade pública representativa, a serviço da resolução dos conflitos.

Na apreciação dos conflitos que são submetidos ao julgador não são considerados os valores pessoais, pois a fundamentação das decisões é estabelecida no entendimento legal. Em consequência disso, nota-se que a justiça não deve ser interpretada como a aplicação das leis vigentes, mas, como o resultado da apreciação do direito no seu conceito amplo.

A esse respeito Marinoni (2000, p. 105), diz o seguinte:

“[...] embora o juiz não deva limitar-se a assistir inerte à produção das provas, pois, em princípio, pode e deve assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos, ou seja, nos casos de direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levaram ao processo e eventualmente rejeitar a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. A atuação na instrução da causa, contudo, não deve ser associada à natureza do direito material em litígio. A instrução da causa é aspecto inerente ao processo, instrumento através do qual é realizado o poder do Estado, e onde os seus interesses predominam independentemente de ser disponível ou não a relação jurídica de direito material. Entender que no caso de

direitos disponíveis o juiz pode se limitar a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que concluir que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o mesmo processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado.”

Assim, o discurso que é apreciado pelo julgador levará em consideração a interpretação de modo ampliado, isso por que, não é possível realizar a apreciação processual de modo vago, desconsiderando fatores sociais, culturais e históricos.

Embora ao julgador seja concedido o poder de decidir as questões controversas, como melhor convier, faz-se necessário que as suas decisões sejam baseadas nas informações aduzidas ao auto do processo durante a marcha processual, contudo, cabe salientar que a possibilidade que o julgador possui de se posicionar no processo como entender mais conveniente deverá respeitar o que o normativo e a doutrina apresentam como sendo possível.

Nesse mesmo diapasão, Barbi (1975, p. 535) trata da questão do convencimento do juiz da seguinte forma:

“Este dispositivo consagra o princípio da livre convicção e contém algumas prescrições que são necessárias para lhe fixar o alcance, ao dizer que o juiz atenderá aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Com isso, deixa claro que a liberdade concedida ao juiz não é absoluta, no sentido de que ele possa decidir com base em provas não constantes dos autos ou fundar sua convicção em informações que tenha recebido em caráter particular. O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. Tem aplicação correta o brocardo *quod non est in actis non est in mundo*; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos, salvo, é claro, alguma exceção, como os fatos notórios que independem de prova. (...) A liberdade concedida ao juiz na apreciação das provas não significa arbítrio. Para evitar que este surja, a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Eles não constituem os fundamentos de fato a que se refere o art. 458, item II, mas sim a explicação de como o juiz se convenceu da existência ou inexistência dos fatos que se baseia a sentença.”

Portanto, o julgador deverá ser prudente na apreciação do discurso, estabelecendo uma análise dialética que questione todas as prováveis variáveis que poderão ser levadas em consideração na constituição do seu entendimento, uma vez que a abordagem na qual não retrate a questão histórica, social e

cultural em sua totalidade, precisa do convencimento criterioso do julgador para alcançar todas as incógnitas obscurecidas.

4 INTERPRETAÇÃO

4.1 CONCEITO

A interpretação é importante porque habilita o indivíduo a encontrar nos códigos o sentido real das coisas, e esta habilidade é desenvolvida durante todos os momentos da vida, de modo, que o torna responsável pela significação das informações apresentadas cotidianamente, permitindo decidir qual o sentido mais adequado a ser seguido.

O principal objetivo da interpretação legal é a busca do sentido real da norma, cumprindo a sua finalidade legal que é investigar os fatos sociais, nas mais diversas circunstâncias, estabelecendo a aplicabilidade.

Nesse sentido, Cretella Jr. (2005, p. 34) afirma:

“A necessidade da interpretação é devido a noções elásticas as quais precisam ter seu sentido real apreendido a fim de verificar-se a adequação da hipótese enunciada na regra jurídica ao caso concreto posto à clareza meridiana contida na expressão.”

As circunstâncias da interpretação podem ser desconsideradas, bem como, as particularidades que a conduz ao sentido, ainda mais, quando existe uma relativa subjetividade em relação aos conceitos aplicados a cada indivíduo. Contudo, deve ser salientado que os fins sociais têm que atender ao processo de significação das coisas.

A interpretação não existe sem a organização das ideias apresentadas no discurso, porque no direito a interpretação revela o sentido das ideias que ajudarão a traduzir os problemas apresentados pelos indivíduos nas discussões no judiciário.

Neste contexto, interpretar é uma ação que permite revelar o sentido da lei e de libertar o indivíduo comum. O legislador não mais é visto como detentor do poder que a lei imprime, porque embora seja ele o artífice legal, o entendimento depreendido da lei é concebido como a expressão da vontade do julgador em relação aos indivíduos.

O entendimento legal tem o poder libertador dado pela representação popular ao legislador e a interpretação adequada é o instrumento libertário pelo qual o intérprete da lei alcança a vontade popular.

Do mesmo modo, o julgador deve interpretar as regras jurídicas, adequando-as às particularidades dos fatos que lhes são submetidos à apreciação, devendo tomar cuidado para que o seu entendimento não seja interferido pelo juízo de valor e consequentemente possa implicar na incorreta interpretação legal, conforme relata abaixo Costa (2008, p.182):

“[...] a interpretação não poderia ser coisa diversa da reconstrução do pensamento legislativo contido na lei, no que a hermenêutica jurídica da época se aproximava dos cânones hermenêuticos das outras disciplinas, especialmente das concepções de Schleiermacher, que sustentava a preponderância hermenêutica do autor e de sua intenção. Assim, buscar na interpretação um outro objetivo significaria substituir o sentido correto da lei por um sentido subjetivo do intérprete, pelos seus próprios interesses e valores, o que seria absurdo.”

Interpretar é uma tarefa importante dentro da esfera jurídica, não porque existe a necessidade de buscar o sentido das coisas, mas pelo fato de que o sentido real das coisas quando corretamente interpretado nos dá a possibilidade de encontrarmos justaposição legal aos casos específicos que são submetidos ao crivo judicial.

A interpretação no direito difere da interpretação dada pela hermenêutica geral, isso porque na hermenêutica jurídica os sujeitos da interpretação serão o juiz e o jurista, assim, interpretar será dar sentido legal ao caso concreto.

Além disso, no processo de resolução dos conflitos judiciais, o resultado dependerá das conclusões que foram tiradas do caso concreto, levando-se em consideração variáveis sociais, políticas, econômicas filosóficas, entre outras.

Neste diapasão, a interpretação levará em consideração os dados extraídos desta leitura rebuscada dos sentidos das variáveis investigadas e auxiliará no modo de agir e decidir.

É importante salientar que no direito à interpretação da norma objetiva altera o sentido dado pelos autores, com a finalidade de adaptá-la às exigências da atualidade, isso porque a norma elaborada pelo legislador só pode ser atualizada por outro ato legislativo que venha reconhecer um novo sentido legal, trazendo consigo o conceito de interpretação da norma.

Outra contribuição que é trazida pela interpretação é a analogia, assim, quando o texto legal não apresenta justaposição em um caso específico, há que se considerar uma norma que tem aplicabilidade perfeita à uma situação semelhante.

Por conseguinte, a interpretação também traz pontos negativos, uma vez que o jurista pode utilizar a interpretação para prejudicar um determinado pedido do indivíduo, valendo-se da interpretação em contrário. Contudo, a interpretação não pode ser utilizada de modo que os seus efeitos sejam carregados de arbitrariedade.

Portanto, embora pareça reiterativo falar de interpretação no contexto judicial, essa objetividade na abordagem do tema surge em decorrência da importante que é dada ao sentido da lei e sua relação com os indivíduos.

4.2 TIPOS DE INTERPRETAÇÃO

Os tipos de interpretação podem ser entendidos como aqueles que atribuem ao significado das coisas um resultado literal, extensivo ou restritivo, logo, o resultado do processo judicial é um dos tipos de interpretação.

É importante salientar que para entender os tipos de interpretação, faz-se necessário classificar as palavras como códigos fortes ou códigos fracos.

Uma palavra pode ser considerada como código forte quando o significado dela corresponder a um fenômeno determinado, por outro lado será considerado código fraco se o seu significado corresponder a mais de um fenômeno.

A interpretação literal mantém a força do código quando apresenta o mesmo número de fatos sociais alcançados pela lei, de outro modo, a interpretação restritiva fortalece o código. Um código fraco pode ser interpretado como um código forte, porém, a interpretação extensiva pode o enfraquecer devido a ampliação dos sentidos.

Observamos que, desde a antiguidade até os dias atuais, a hermenêutica é a grande arte de interpretar que possibilita tocar a essência das coisas, sendo uma ferramenta de fundamental importância para o direito, posto que, é ela a responsável pela leal e fidedigna manifestação do real sentido entranhado nas normas legais, e pela transmissão fiel do que propõe as leis e a jurisprudência para facilitar a ação do direito na sociedade, obtendo assim, uma harmonia geral.

Para Bobbio (1996, p. 213) a interpretação jurídica,

“Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se, neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito.”

Bobbio trata da interpretação como sendo a expressão do novo significado dado pelo jurista para que a legislação venha justapor ao caso apresentado na atualidade, e a jurisprudência é a forma como essa interpretação é dada.

Cotidianamente foram criadas novas formas de significar a e interpretar a norma jurídica, para aplicá-la com correspondência ao caso concreto.

A interpretação jurídica é a forma mais adequada para trazer equivalência legal às normas jurídicas, de modo que as adeque ao caso concreto que tenha sofrido pela volubilidade das mudanças temporais.

Existem seis tipos de formas de interpretação, quais sejam, a literal ou gramatical; lógica; histórico-evolutiva; sistemática; teleológica e sociológica, as quais doravante serão pormenorizadamente conceituadas.

A Interpretação Literal ou Gramatical é aquela que busca o sentido da linguagem exatamente como ela é, sem questionamento, com toda obscuridade, da forma exterior, mais superficial na qual a palavra se encontra.

A forma literal de interpretar tem sua importância no que tange ao primeiro contato que se terá com a interpretação de um texto, mas de nada serve para extrair um sentido mais completo e amplo.

A interpretação lógica é mais rebuscada que a literal, considerando que a sua preocupação reside no sentido que está entranhado na norma legal, neste processo o interprete busca através da aplicabilidade da lógica legal depreender o sentido que está por trás da norma.

A interpretação lógica permite que seja feita uma análise na qual sejam extraídas considerações, inferências, entendimentos decorrentes da lei.

A interpretação lógica não é assim chamada tão somente porque leva em consideração as questões lógicas da lei, mas também, por utilizar elementos da lógica no seu entendimento, como por exemplo, o silogismo, elemento

amplamente utilizado na interpretação da norma, conferindo um sentido que se justapõe ao caso concreto.

Esse tipo de interpretação é utilizado considerando que o legislador na concepção da lei não teve a intenção de que houvesse a aplicabilidade com a exatidão de sentido que o caso concreto necessita da norma legal para que se estabeleça a igualdade.

A Interpretação Histórico-Evolutiva é o tipo de interpretação que sofre os efeitos históricos e evolutivos do tempo. Nesse tipo de interpretação o intérprete adequa a norma legal à nova realidade social encontrada, fugindo da intenção do legislador originário e dando uma ideia de estabelecimento de um novo sentido legal.

Desse tipo de interpretação Histórico-Evolutiva, também é possível que a norma vá se adequando na medida em que as transformações sociais vão surgindo, sem desconsiderar aquela situação em que o sentido originário ainda é possível aplicar.

O Direito sofre às influências do tempo e por isso não apresenta características de imutabilidade, ao contrário é uma ciência dinâmica na medida em que se readéqua às necessidades que a nova realidade social traz.

Ao intérprete cabe a tarefa de identificar quais as situações em que a legislação exige uma nova roupagem.

A interpretação sistemática é aquela que exige uma comparação, na qual seja possível buscar em outros normativos elementos fundamentais à interpretação final.

Assim Maximiliano (2011, p.100) diz que neste tipo de interpretação “consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”.

A Interpretação Teleológica difere de todos os outros tipos de interpretação tratados anteriormente, uma vez que este tipo de interpretação é mais rebuscado, uma vez que o intérprete deverá considerar também a finalidade da norma quando da sua constituição.

Embora difira em alguns aspectos das outras formas de interpretação, ela também leva em consideração as variáveis sociais.

A Interpretação Sociológica é aquela que revela as circunstâncias sociais às quais a lei foi concebida.

Portanto, embora seja possível verificar a diversidade de tipos de interpretação, cabe salientar que o objeto que satisfaz ao entendimento deste trabalho é a interpretação jurídica. Sendo ela reveladora do sentido das normas e garantidora do melhor entendimento a ser aplicado aos casos apresentados ao crivo do judiciário.

4.3 A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO

A interpretação textual confere ao jurista o entendimento elaborado sobre os elementos processuais e do discurso, permitindo que o conhecimento seja ampliado e conferindo a possibilidade de que a essência do texto possa ser apreciada com melhor adequação.

Acerca deste assunto Costa (2005, p. 53) diz:

Interpretar é, sobretudo pesquisar e traduzir uma vontade exteriorizada num ato jurídico, numa correspondência, num contrato, num texto legal ou constitucional. Depois de uma simples conversa, é comum ouvir-se de um dos interlocutores: “Fui mal interpretado.” Assim, a interpretação é a alma da comunicação e a própria condição da vida social. Interpretação é identificação de pensamento e de vontades; é comunhão de espíritos e fator de integração social.

Para que a interpretação se estabeleça, faz-se necessário que estejam atreladas a alguns elementos, como, o domínio do assunto, as possibilidades de variação de significados que os signos propiciam e uma compreensão mais aprimorada acerca da realidade social na qual ela se estabelece.

Interpretar é fazer parte do universo de significados, no qual o discurso está inserido, ainda que de modo observador; é além de tudo entender o real sentido das ideias e utilizar a capacidade interpretativa necessária à apreensão dos sentidos, de forma coesa e coerente.

O que para Costa (2005, p. 53) é entendido da seguinte forma:

“No sentido amplo, interpretação é sinônimo de hermenêutica. Mas tecnicamente e juridicamente se distinguem. Enquanto a interpretação é o próprio ato de extrair o sentido exato da lei, de traduzir a vontade social, a hermenêutica é a ciência, a teoria e a doutrina da interpretação. É o conjunto de regras e princípios, o

estudo da técnica, dos métodos, das doutrinas e das Escolas de interpretação.”

A interpretação dada pelo legislador é resultante da análise rebuscada dos dados apresentados no processo, conferindo qualificação às ideias do texto, na medida em que se coloca na posição de observador, coletor e intérprete destas informações.

As ideias que são coletadas a partir da interpretação da lei devem ser coesas, coerentes e semanticamente bem estabelecidas.

A precisão de linguagem e de entendimento são fatores importantes tendo em vista que sem eles é impossível estabelecer o real sentido da lei e consequentemente a busca pelas ideias decorrentes da interpretação.

Portanto, a interpretação jurídica confere inúmeras possibilidades que favorecem a compreensão legal, dando maior autonomia e possibilitando a correta aplicação legal.

5 ARGUMENTAÇÃO

5.1 CONCEITO

Para Voese (2011) a argumentação é o modo coerente utilizado para apresentar as ideias quando alguém pretende convencer o outro a respeito de determinado assunto.

Argumentar é a forma mais adequada de apresentar uma ideia de modo sedutor, isso porque a interpretação antecede a argumentação.

A atividade de argumentar é um processo de exposição dos sentidos depreendidos do texto legal, possibilitando ao jurista argumentar consistentemente tomando por base o referencial que é a interpretação.

Nesse sentido Voese (2011, p. 30) diz:

“Uma versão sempre é construída a partir de interesses e, embora pareça poder garantir os elementos de apoio e sucesso da sustentação de uma tese, pode, porque é também linguagem, receber críticas: não são os fatos que serão apresentados, mas as versões que serão construídas a partir de sistemas de referência – que, por serem diferentes, podem opor-se reciprocamente e fragilizar aquilo que deveria criar a consistência. E, mesmo que se fale de evidências, há, muitas vezes, possibilidades de fragiliza-las: basta recorrer à noção de heterogeneidade referencial. Ou seja, os sistemas de interpretação gerados pela heterogeneidade social apresentam tal variedade de possibilidades que praticamente qualquer versão pode, se não for destruída, ao menos ser minimizada quanto aos efeitos para a sustentação da tese.”

A interpretação e a argumentação têm uma relação intrínseca de modo que durante o processo argumentativo podem ser apresentadas duas interpretações a respeito de um mesmo objeto de análise.

A imutabilidade da justiça permite que um mesmo objeto seja interpretado por diferentes perspectivas que conseqüentemente serão abordados sob a ótica de argumentações divergentes.

Embora existam regras que orientam a interpretação, no Direito, conforme anteriormente foi observado, é comum que os argumentos divirjam no momento da apropriação do sentido legal aplicado ao caso específico.

A argumentação jurídica é perfeitamente estabelecida e difere das demais pelo fato de que existe a nítida possibilidade de se estabelecer teses contraditórias.

Essa contradição não deve ser encarada como algo imperfeito, ou mesmo como um problema, ao contrário, a diversidade de possibilidades de conduzir uma tese que trata do mesmo objeto é positiva, uma vez que, é por meio dela que se estabelecerá o contraditório.

Confirmando o que Voese (2011, p.32) diz:

“Enfim, uma característica que identifica a argumentação jurídica é a presunção de que cada tese é possível construir uma antítese, o que vai determinar que as escolhas dos recursos argumentativos visem a superar ou a minimizar as fragilidades dos sentidos da linguagem e a reforçar os procedimentos de sustentação da tese.”

Existem muitas razões para que o Direito seja analisado como uma ciência inexata, ou mesmo quase lógica, a iniciar pela mutabilidade da aplicação legal que permite o alcance da norma às diversas nuances pelas quais os questionamentos são apresentados ao judiciário.

Embora não seja perfeita, a norma pode ser aplicada a diversos casos que tratem de um ponto específico da lei e este controle só é possível através da heterogeneidade que o Direito exerce.

Portanto, argumentar é utilizar as estratégias argumentativas de modo responsável, preparando o público para acessar o entendimento defendido, através de técnicas argumentativas que conduzirão ao sentido do referencial. Este referencial deverá orientar o uso das diferentes técnicas de argumentação, com o fulcro em atingir o objetivo do discurso e da tese pretendida, de modo que as ideias concebidas sejam postas ao alcance do público a quem está destinado o discurso.

5.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Quando consideramos que a coerência textual é garantidora da compreensão do sentido do discurso, a construção das ideias será resultante do aprimoramento da arte de argumentar.

Segundo o entendimento de (Rodriguez, 1993, p.120),

“... Argumentar constitui, definitivamente, a atividade central dos juristas e se pode dizer inclusive que há muito poucas profissões — se é que há alguma — em que a argumentação tenha um papel mais importante que no Direito.”

Nesse sentido, é importante entender que o direito necessita da argumentação após o momento da interpretação jurídica, visto que, a defesa das ideias e a existência de elementos textuais consistentes e que corroboram para a construção de um discurso são inseparáveis e devem ser construídos levando-se em consideração a coerência global que é um elemento diretamente relacionado com a coesão textual.

É importante apresentar que (Reale, 1992, p.235) diz que:

“É evidente que (...) o ponto de vista de um comunista não coincide com o de um liberal clássico, ou de um socialista, mas, no nível das composições fáticas, podem comunistas, socialistas ou democratas cristãos convir numa solução de compromisso, dando força de modelo jurídico a uma dentre as várias soluções normativas logicamente viáveis. Escolhida, aliás, uma linha mestra comum, não faltarão divergências de outra ordem, consubstanciadas em substitutivos ao projeto de lei, por motivos formais, ou representadas por emendas, subemendas, etc., espelhando-se nessa gama de proposições parlamentares a multiplicidade de variantes de uma estrutura jurídica *in fieri*. É só o ato decisório, final, por conseguinte, que põe termo ao flutuar das tensões fático-axiológicas, permitindo que a norma de direito se aperfeiçoe como modelo vigente.”

Assim, as ideias extraídas do ordenamento jurídico e tratadas nos textos judiciais, submetidos à apreciação do juiz, deverão apresentar coesão textual de modo a eliminar a ambiguidade, levando-se em consideração as particularidades dos discursos apresentados.

A construção coerente das ideias deve respeitar as regras da linguagem verbal, por meio do uso adequado dos conectivos, do cuidado com a estrutura textual discursiva e com a coerência dos elementos textuais, que não devem divergir do sentido do texto legal.

A argumentação jurídica deve ser formada por ideias coerentes e relevantes com inferências explicativas, por uma sequência de argumentos que respeitem o sentido das ideias e pelo desenvolvimento de uma linguagem concisa e objetiva que evite prejuízos à interpretação textual.

E diferentemente da lógica cartesiana e matemática, a argumentação jurídica carrega uma subjetividade, uma vez que não apresenta verdades irrefutáveis, ao contrário disso, (Perelman, 1996, p.5), diz:

“O lógico é livre para elaborar como lhe aprouver a linguagem artificial do sistema que constrói, para determinar os signos e as combinações de signos que poderão ser utilizados. Cabem a ele decidir quais são os axiomas, ou seja, as expressões sem provas consideradas válidas em seu sistema, e dizer quais são as regras de transformação por ele introduzidas e que permitem deduzir, das expressões válidas, outras expressões igualmente válidas no sistema. A única obrigação que se impõe ao construtor de sistemas axiomáticos formalizados e torna as demonstrações coercitivas é a de escolher signos e regras que evitem dúvidas e ambiguidades.”

Assim, ao argumentador cabe a perícia de reconhecer na dinâmica da heterogeneidade social, as ideias mais relevantes, e que ao serem submetidas à interpretação fomentem uma suficiente irrefutabilidade.

Existe um dilema enfrentado pelo argumentador em relação à sustentação da sua tese, uma vez que a heterogeneidade referencial apresentada na argumentação jurídica remete a uma multiplicidade de possibilidades a serem consideradas, logo, é difícil construir argumentos suficientemente sólidos, quando consideramos a volubilidade com que a legislação e as questões sociais se apresentam.

Desse modo, é possível entender que a argumentação jurídica sofre as limitações apresentadas por (Larenz, 1997, p. 213),

“... ‘pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas’. Estas condições seriam: ‘a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada’, bem como, excetuando o discurso juscientífico, ‘as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo’. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justiça que suscitam as asserções jurídicas face às do ‘discurso prático geral’. ‘Não se pretende dizer, de modo puro e simples, que o enunciado normativo que se afirma que se propõe ou que se expressa num ato de julgar é racional, mas que só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente’.”

Hierarquicamente a argumentação sucede a interpretação e tem a função primordial de sustentar as ideias apresentadas no discurso, limitando os sentidos que serão produzidos, o que remete novamente à ideia de que a correta interpretação dos textos legais deve levar em consideração o contexto social,

histórico, cultural e geográfico entre outros nos quais estão sendo produzidos e defendidos.

O intérprete dos textos utilizados no âmbito judicial deve entender o contexto em que foram escritos, visto que, será um elemento considerado no momento da apreciação; uma vez que, um texto que venha ter na sua escrita uma carga limitada de sentidos poderá ser interpretado por uma perspectiva mais ampla, quando consideradas as circunstâncias nas quais houve a produção textual.

Cabe salientar, que a argumentação jurídica respeitará a diversidade de sentidos, com os quais auferir a intencionalidade do argumentador, uma vez que, as ideias por ele apresentadas não deverão tratar os textos judiciais como verdades absolutas ou relativas, mas como uma tese que poderá ser utilizada na interpretação de um mesmo ato que após a apreciação resultará na condenação ou na vitória.

Portanto, argumentar no meio jurídico é sustentar uma tese, produzindo os sentidos que foram apresentados no momento da interpretação, conduzindo o raciocínio no sentido do referencial que foi estabelecido.

6 LINGUAGEM JURÍDICA

6.1 CONCEITO

A linguagem jurídica é aquela encontrada nas normas, decisões, convenções e declarações, entre outras peças judiciais.

O jurista é um profissional que deverá apresentar em seu arcabouço argumentativo um vocabulário apropriado e que seja coerentemente utilizado na comunicação dos seus atos nas diversas instâncias jurídicas.

Trubilhano e Henrique (2017, p.5) dizem o seguinte sobre a linguagem jurídica:

Na linguagem jurídica, predomina a voz passiva ou a voz reflexa com valor de passiva com o intuito de acentuar o ato, a função, e não as pessoas. Se privilegia, no discurso jurídico a passiva pronominal. São reduzidas as orações que apresentam o verbo numa das formas nominais, isto é, infinitivo, gerúndio ou particípio.

Desse modo, a linguagem jurídica poderá ser entendida como aquela que seduz, com uma métrica e elaboração específicas, mas não sem intenção, considerando que o processo de elaboração do discurso engloba a confecção das frases de efeito que serão utilizadas com o intuito de convencer.

Do mesmo modo, é possível entender uma linguagem elaborada, como sinônimo da roupa do discurso, dizendo com precisão o que pretende o orador, quando num tribunal ou auditório se apresenta com o vocabulário apropriado, revestido de capacidade persuasiva.

A linguagem pode ser classificada de acordo com as suas finalidades, são elas, a linguagem legislativa; a linguagem judiciária, forense ou processual; a linguagem convencional ou contratual e a linguagem cartorária ou notarial.

Estes diferentes tipos de linguagens são utilizados em diferentes esferas nas quais o discurso é submetido, por essa razão, o orador deverá utilizar um vocabulário que corresponda adequadamente à função do seu uso.

Conforme Trubilhano e Henrique (2017, p.6),

“O discurso jurídico deve ser claro, dado o caráter social de que se reveste o Direito. Estabelecido para intermediar as relações, por vezes conflituosas, entre os componentes da sociedade, cumpre-lhe, ao

Direito, interpretar as normas jurídicas de forma cristalina para que inteligível seja aos que lhe batem à porta.”

Assim como no vocabulário comum, a linguagem jurídica apresenta um vocabulário no qual as palavras assumem conotações diferentes, considerando o contexto no qual serão utilizadas.

A polissemia encontrada nas palavras pode causar alguns problemas na compreensão, considerando a diversidade de significados, contudo, o jurista deverá apresentar conhecimento amplo dos vocábulos para que venha utilizá-lo adequadamente nas diferentes peças de modo que se faça entendido.

Dessa forma, é possível entender que as palavras terão o seu significado alterado de acordo com o contexto no qual estiverem apresentadas e o orador, nesse imbróglio, deverá dominar o signo num contexto menor, estabelecendo uma análise no sentido mais amplo no qual ele está inserido.

Portanto, a linguagem se apresenta no cenário jurídico, como sendo, uma ferramenta que permite a interação e o estabelecimento de um diálogo social, no qual a comunicação estabelecida, ainda que de modo insipiente, se apresenta como um instrumento a serviço de um mecanismo de construção de divergências ou mesmo de uma visão consensual.

6.2 UTILIZAÇÃO ADEQUADA DA LINGUAGEM

O ambiente jurídico deve ter linguagem apropriada, para isso o jurista deverá fazer uso de uma linguagem formal com a utilização de um vocabulário coerente e de acordo com a situação na qual está sendo utilizado, uma vez que a função primordial da linguagem é a comunicação.

Mas comunicar é sinônimo de utilização de linguagem adequada, com o objetivo apresentar uma perspectiva diferente de um determinado ponto controverso.

Para Trubilhano e Henrique (2017, p.6),

O que determina em geral a escolha das palavras é o tónus afetivo que as impregna, associando-as ao páthos e, por consequência, a argumentação. Se toda linguagem é argumentativa, se toda linguagem é ideológica, também a palavra o é forçosamente.

Diferentemente da interpretação, o uso adequado da linguagem exige do jurista precisão, uma vez que um vocábulo inadequado poderá anular os efeitos dos atos e colocar o orador em situação de constrangimento.

No mesmo sentido Xavier (2013, p.11) diz:

“Jamais, como em Direito, o conhecido refrão popular “te pego pela palavra” teve tantos foros de verdade. Em qualquer causa, especialmente naquela onde houver incerteza quanto à decisão, a experiência recomenda cautela na escolha das palavras, para que o feitiço não vire contra o feiticeiro [...]”.

A linguagem adequada, portanto, é aquela que apresenta as características cruciais à comunicação, que é dizer o sentido das coisas e comunicar reiterando as ideias principais de modo que a compreensão se estabeleça.

Conforme Moreno e Martins (2006, p. 10),

“Para o advogado, entretanto, tudo é linguagem: é esse o único instrumento de que ele dispõe para tentar convencer, refutar, atacar ou defender-se. Também é na linguagem que se concretizam as leis, as petições, as sentenças ou as mais ínfimas cláusulas de um contrato – que não passam, no fundo, de normas peculiares de textos que o advogado terá de redigir ou interpretar. O profissional do Direito, desse modo, precisa conhecer os principais recursos do idioma.”

Nesse mesmo diapasão, é importante salientar que a linguagem jurídica não é uma condição dispensável no discurso, mas um dever do profissional que utiliza a linguagem para defender uma determinada ideia.

Assim, quando o orador está despreparado, tem-se uma grande possibilidade de não obter êxito no seu discurso, seja por falta de um vocabulário adequado, seja por falta de coerência na construção das ideias ou até pelo despreparo em nível de arcabouço argumentativo, doutrinário e normativo necessários ao estabelecimento da lógica utilizada na apresentação das ideias do discurso.

De acordo com Sytia e Fabris (2002 p. 23),

“A linguagem jurídica exige que os termos estejam sempre em seus devidos lugares, ou seja, empregados especificamente para a situação determinada. Há de se destacar que um repertório verbal preciso e tecnicamente adequado somente se adquire ao longo de muitas pesquisas e leituras jurídicas, vivência nas lides forenses. Os termos

jurídicos adquirem conteúdo semântico próprio e o emprego de sinônimos pode alterar o sentido e desvirtuar a expressão legal.”

Portanto, o uso adequado da linguagem jurídica no discurso é fundamental para que o jurista atinja os objetivos pretendidos, uma vez que, a linguagem é a sua mais importante ferramenta de trabalho e o uso adequado determinará o resultado do trabalho que tenha sido desempenhado.

7 AS IDEIAS JURÍDICAS

7.1 CONCEITO

A ideia pode ser entendida como a expressão do raciocínio humano ao despertar para algo que outrora estava obscurecido, possibilitando a reorganização do raciocínio e permitindo a sua reelaboração em algo novo e transformador.

As ideias também trazem consigo a inovação de quem às idealizou, quando imprimem a novidade encontrada na particularidade da identidade do idealizador.

Assim, as experiências novas ao interagirem com as antigas ressignificam e transformam as ideias que passam a funcionar como uma ferramenta crucial à apresentação do raciocínio do idealizador.

Locke apresenta uma problemática na qual resta esclarecer de onde surgem as ideias, tornando possível chegar a uma conclusão na qual o entendimento é inato do ser humano, e as experiências e sensações alimentam as novas ideias que surgem dessa interação lógica estabelecida com as antigas.

Assim, para Locke (1991, p.27),

“Todas as ideias derivam da sensação ou reflexão. Suponhamos, pois que a mente é, como dissemos, um papel branco, desprovido de todos os caracteres, sem quaisquer ideias; como ela será suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e que ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? A isso respondo, numa palavra, da experiência. Todo nosso conhecimento está nela fundado, e dela deriva fundamentalmente o próprio conhecimento. Empregada tanto nos objetos sensíveis externos como nas operações internas de nossas mentes, que são por nós mesmos percebidas e refletidas, nossa observação supre nossos entendimentos com todos os materiais do pensamento. Dessas duas fontes de conhecimento jorram todas as nossas ideias, ou as que possivelmente teremos.”

As experiências permitem que surjam novas ideias, tornando possível o desenvolvimento lógico de um raciocínio mais elaborado.

No discurso não é diferente, as ideias principais são auxiliadas pelas ideias secundárias que tem a função de enfatizar e valorizar a ideia principal, estabelecendo uma conexão lógica entre si.

Além contribuir com a argumentação, as ideias principais fornecem informações valiosas que auxiliam na concatenação de um determinado assunto considerado importante, e essa atribuição de significado ocorre por meio do auxílio das ideias secundárias que reforçam as principais eficientemente.

O discurso é um produto da organização das ideias, que são dispostas de modo elaborado, conferindo a sustentação necessária ao desenvolvimento inteligente de um determinado tema.

Quando as ideias são coerentemente apresentadas nota-se que há uma melhora na compreensão de determinado tema, que a comunicação das mensagens é eficientemente transmitida, que há um enriquecimento que auxilia na utilização da linguagem escrita com coerência e coesão.

Assim, as ideias são fundamentais para o ordenamento dos argumentos que serão utilizados nos tribunais e muito embora tragam consigo a força inovadora do raciocínio lógico é inconcebível que o julgador se valha desta possibilidade para que venha inventar uma nova forma de avaliar uma questão que foi submetida à sua apreciação, baseando-se tão somente no protagonismo judicial, desconsiderando a lógica e as garantias do processo.

Conforme anteriormente apresentado, as ideias devem ser utilizadas de um modo coerente, contudo, a capacidade de utilização adequada das ideias se dá quando o jurista identifica e se apropria das ideias principais e secundárias do texto legal.

A construção coerente das ideias apresentadas no discurso deve ocorrer de modo que a capacidade de dominação e de poder que elas exercem sobre os indivíduos seja compreendida.

As ideias devem ser apresentadas de modo que o discurso apresente uma linguagem organizada e clara com a finalidade de persuadir.

A formação das ideias é uma construção social, por essa razão a sua elaboração deve ser cautelosa, levando em consideração as consequências que pode exercer sobre a sociedade.

Utilizar coerentemente as ideias, além de apresentar um texto bem elaborado ao crivo do julgador, é organizar a argumentação de um modo que seja possível estabelecer uma conexão entre a defesa e o caso concreto.

A construção coerente das ideias é a etapa mais importante da construção verbal ou escrita de uma defesa, porque é através da percepção extraída da organização textual que a defesa se apresentará convincente.

Portanto, o uso da força inventiva das ideias é inadequado quando se trata de questões judiciais submetidas à apreciação do juiz, considerando a insegurança jurídica que se estabelece quando esta prática torna-se comum, uma vez que não é um número que está sendo julgado, nem mesmo uma questão fictícia de uma prova submetida à análise, mas o rumo de uma questão verossímil e que traz consigo consequências decorrentes dos resultados da apreciação processual.

8 LIVRE CONVENCIMENTO

8.1 OS LIMITES DO LIVRE CONVENCIMENTO

Muito se questiona sobre a questão da permanência ou não do (livre) convencimento motivado no ordenamento jurídico, que poderia ser entendido como o justo equilíbrio gerado pela íntima convicção do juiz, ou mesmo pela imobilidade provocada pelo sistema da causa legal. É possível verificar que este tema é tratado pela doutrina como se a evolução natural do sistema de avaliação tivesse chegado ao ápice do livre convencimento motivado.

O problema desse sistema é a ideia de que o juiz está livre para apreciar o instrumento processual probatório, sem nenhuma amarradura, o que consequentemente remeteria a alguns problemas de índole filosófica. Assim, esse sistema remeteria ao modelo dual de conhecimento em que haveria tão somente sujeito e objeto, sendo o juiz o sujeito cognoscente e os fatos seriam basicamente o objeto cognoscível, aquele que está sendo perquirido pelo magistrado.

Entretanto, esse conceito do ponto de vista filosófico e do ponto de vista epistemológico já foi superado porque a relação de conhecimento é intersubjetiva, ela não se dá tão somente dentro de um sujeito e de um objeto, senão da relação sujeito-objeto-sujeito, ou sujeito-sujeito, os fatos que propõem o outro lado não entram no processo em seu estado de pura materialidade, sendo assim, não é possível dizer que apenas um magistrado teria o compromisso com a reconstrução dos fatos, nem que ele conseguiria fazer de modo isolado e esse seria o primeiro e grande problema do ponto de vista filosófico.

Contudo, haveria um segundo problema decorrente desse, que seria a questão do solipsismo, o juiz nessa ideia de livre convencimento motivado não precisaria analisar todos os meios de provas constantes nos autos, bastaria ele indicar quais meios de prova firmariam a sua convicção.

E isso remete a uma tese de que primeiro o magistrado decidiria e em segundo fundamentaria, ora, se ele decidia para depois fundamentar, o que

estamos tendo neste caso é uma discricionariedade e um arbítrio e essa posição viola o contraditório e dá ensejo ao solipsismo.

Um terceiro problema enfrentado seria exatamente a direção legal do contraditório, vale salientar que a dimensão legal do contraditório diz que a parte tem o direito de influenciar o juiz, e esse direito de influenciar pressupõe que o magistrado enfrente os argumentos e os meios de provas coligidos aos autos pelas partes, ou seja, o magistrado não pode escolher aquilo que analisa e aquilo que ele deixa de apreciar.

O contraditório impõe que sejam enfrentados todos os meios de prova, de modo, que a parte da lei que tratava do advérbio livremente foi retirada, e caso não fosse, haveria um problema de índole filosófica, ou epistemológica e do âmbito da dogmática processual esse reforço do contraditório não poderia ser negligenciado.

A superação do livre convencimento motivado não é uma tentativa de reprimir modelos anteriores e isso não quer dizer que vamos resgatar o sistema da íntima convicção, ou mesmo resgatar o sistema da prova tarifária. A consideração deste modelo quer dizer que não há mais o sistema do livre convencimento motivado, o que nós temos hoje é um sistema hermenêutico, firmado ou fulcrado na intersubjetividade do conhecimento.

Conforme o princípio da persuasão racional, o juiz no momento da valoração das provas do processo, deverá fundamentar a decisão na totalidade dos fatos que a ele foram submetidos, de modo que, o seu parecer venha refletir a realidade dos fatos.

Nesse mesmo sentido, (Taruffo, 2012, p.188) afirma que:

“... o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras de racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás, a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável. É.... epistemicamente válida a concepção racional do livre convencimento do juiz, já que admite - e, aliás, requer- que a valoração das provas seja orientada no sentido da apuração da verdade dos fatos”.

O livre convencimento por si só é quando o juiz fundamenta a decisão como entende o direito, conforme a íntima convicção, mas, este princípio não é

eficaz quando o julgador escolhe parte das provas para fundamentar a decisão, posto que, a eficácia do convencimento motivado só é possível quando as decisões são fundamentadas, levando-se em consideração a totalidade das provas.

A diversidade de controvérsia que reside sobre este assunto no meio jurídico, faz com que a credibilidade do juiz seja questionada, tendo em vista que é a peça fulcral e necessária à resolução do mérito. Diante disso, é importante ressaltar que a segurança jurídica está atrelada a decisões judiciais que refletem a realidade dos fatos, e a juízes que levem em consideração a legitimidade do seu credenciamento.

Não é a soberba e o excesso de autoafirmação que apresentará a força das decisões judiciais, porque ao contrário disso, uma postura autoritária sempre reforçará a fragilidade do sistema. Para que seja mostrado poder, o Estado–Juiz realizará o exame das provas, valendo-se dos recursos que a hermenêutica dispõe e que permitem a extração do melhor sentido das coisas.

Do mesmo modo, o discurso deverá apresentar ao magistrado a coerência das ideias, a verdade dos fatos, paralelos e associações de informações e fundamentação teórica que impossibilite a fuga do objetivo que se espera, entre outros, sendo assim, a apreciação processual será justa e o objetivo da hermenêutica será alcançado.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O número exagerado de ações judiciais constantemente submetidas ao duplo grau de jurisdição para reanálise das sentenças e acórdãos, e que têm as decisões reformadas pelos Tribunais é preocupante, considerando a aplicabilidade da interpretação, utilizando a hermenêutica jurídica, este estudo teve a pretensão de verificar se o problema das decisões reformadas fazia parte de um sistema judiciário que garantia a segurança jurídica, ou seriam eventos que demonstrariam a falibilidade do sistema judiciário.

Conforme foi observado, o julgador, responsável pela aplicabilidade legal, tem assumido em certos aspectos um posicionamento de legislador, artífice das leis, no sentido em que extrai delas princípios e jurisprudências atribuindo um sentido ao texto legal que muitas vezes se afasta da ideia concebida na concepção legal.

No que tange ao argumentador é importante salientar que embora o discurso normativo apresente referências interpretativas que auxiliam a apreciação judicial, é notado que uma boa argumentação não é um fator preponderante à decisão do magistrado, posto que aquele deva efetuar uma leitura que perpassará os sentidos dos signos que lhes são apresentados.

Referente à persuasão este estudo possibilitou a identificação da importância dos elementos do discurso normativo, o entendimento da finalidade de convencimento utilizada nos tribunais, possibilitando a diminuição do distanciamento entre o pretendido e o esperado, dialogando com correspondência diametral e conferindo à carga processual elementos que norteiem o entendimento.

Notou-se ainda que a abordagem normativa que particulariza cada objeto a ser desenvolvido no discurso, passa a imprimir maior fundamentação e correspondência à resolução de cada problemática.

Como visto, a prestação da tutela jurisdicional, através de um comando decisório recorrível, deve resguardar o entendimento legal diametralmente proporcional àquele que será utilizado nos diferentes níveis de apuração.

Como isso, tem-se especial valoração à necessidade de observância aos precedentes legais, os quais, geram jurisprudências.

Assim, o tema a hermenêutica e os limites do livre convencimento, por ser um assunto muito discutido na atualidade e por tratar dos prejuízos que uma decisão judicial baseada no estrelismo causa à vida de um indivíduo, é que se tornou objeto do estudo deste trabalho, conferindo grande contribuição para o aprimoramento do entendimento do sistema judicial.

Em relação à relevância da interpretação baseada na hermenêutica, ficou clarividente que os parâmetros utilizados pelos juízes e Tribunais na apreciação da composição probatória, discursiva e legal do processo, permite uma reflexão quanto ao *modus operandi*, ressaltando a relevância da probidade do Estado-Juiz na apreciação da carga processual, ao basear as decisões no livre convencimento motivado.

É ainda notório, que em alguns poucos casos, a falibilidade das decisões deve-se ao fato deplorável de a justiça ser composta em partes por servidores que trabalham sem observar o conceito de impessoalidade, reprovando a aplicabilidade de princípios insuspeitados quando subsidiam as fundamentações jurídicas nos emaranhados de pessoalidade.

O Brasil tem vivido o estigma resultante das decisões judiciais, que não apresentam correspondência diametral com o conceito de justiça concebido legalmente e esperado pela sociedade, fato que foi abordado e observado nas diversas bibliografias apresentadas neste trabalho.

Portanto, conclui-se que este trabalho foi relevante para o alcance dos objetivos esperados, mostrando à academia que o convencimento apresentado nos argumentos utilizados no discurso normativo é um elemento fundamental à persuasão racional do julgador, à elucidação dos fatos e a resolução da problematização apresentada nos pleitos que são submetidos ao judiciário.

Por fim, é de fundamental importância reiterar que este trabalho não teve o objetivo de esgotar o tema, nem mesmo de inovar em ideias, mas tão somente de provocar uma reflexão quanto ao tema, ao passo que comprovou a este acadêmico que a suspeição quanto pessoalidade apresentada nos tribunais é verdadeira, considerando que o tema é abordado por teóricos, escritores e acadêmicos, perpassando o campo do imaginário ingênuo de um acadêmico que deseja elaborar um trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica** – Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **“O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito”**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. Editora Cone, 1996.

CIALDINI, Robert; tradução de Ivo Korytowski. **Pré-suasão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: Diálogo entre hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica**. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília-UNB, 2008.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA JR., José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Parte II – Da imperatividade do direito positivo e do poder do juiz).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1974.

HENRIQUES, Antonio; TRUBILHANO, Fábio. **Linguagem jurídica e Argumentação Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2017.

LARENZ, Karl. **El Derecho Justo**. Tradução Luis Díes-Picazo. Madrid: Lex Humana Civitas, 2001.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. 5. ed. Trad. Anoar Aiex, São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores)

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 3. ed. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

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

MORENO, Cláudio; MARTINS, Túlio. **Português para convencer: comunicação e persuasão em Direito**. São Paulo: Ática, 2006.

PERELMAN, C. **Teoria da Argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996 a.

PRITCHARD, A. **Statistical bibliography or bibliometrics?**. Journal of publication, v. 25, p. 348-349, 1969.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Traslajusticia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona: Ariel, 1993.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes; FABRIS, Sérgio Antônio (Ed.). **O Direito e suas Instâncias Jurídicas**. Porto Alegre, 2002

SOUSA, Pedro de. **Análise do discurso**. Florianópolis: LLV/CCE/UFSC, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito**: 11. ed. rev., atual. e ampli. – Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

XAVIER, Ronaldo Caldeira Xavier. **Português no Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.