

**A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A LÓGICA DO RAZOÁVEL:
INSTRUMENTOS HÁBEIS À EFETIVIDADE DA TUTELA
JURISDICIONAL**

*THE PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AND THE LOGIC OF THE REASONABLE:
MECHANISMS TO THE EFFECTIVENESS OF JURISDICTIONAL GUARANTEE*

Glacielle Borges Torquato

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), em parceria com a Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT); pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT); pós-graduada em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT); pós-graduada em Teoria da Decisão Judicial pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT); pós-graduada em Gestão do Judiciário pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL); pós-graduada em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Tocantins e atualmente chefe de Gabinete da Corregedoria Geral da Justiça.

RESUMO

A inafastável evolução e complexidade da sociedade contemporânea, aliada ao descompasso da atividade legiferante conferem ao hermeneuta um protagonismo de importância inquestionável na atividade decisória. Esse caminho interpretativo passa necessariamente pela busca da decisão que mais se adapta à lógica do razoável, desenvolvida por Recaséns Siches, e à hermenêutica filosófica de Gadamer, pautando-se pelo sentimento de justiça ambicionado pela ordem jurídica em si, e avaliada sob o prisma da realidade social, dos valores que a inspiram, da harmonia do sistema, assim como da experiência do julgador. Legitima-se, pois, na pretensão de verdade socialmente desejável e na técnica argumentativa fundamentada de maneira racional e justificada no ordenamento jurídico, analisado sistematicamente. Cuida-se de uma proposta de mudança de paradigma, a fim de que as decisões judiciais sejam pautadas na segurança jurídico-material e fundadas no valor ético supremo da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; Hermenêutica filosófica; Lógica do razoável; Segurança jurídico-material; Justiça

ABSTRACT

The unremovable evolution and complexity of contemporary society, coupled with the mismatch of legislating activity, gives hermeneut protagonism of undoubted importance in the decision-making activity. This interpretive path necessarily involves the search of the decision that best suits the logic of reasonable, developed by Recasens Siches and Gadamer's philosophical hermeneutics, guided by the sense of justice ambitioned by the law itself, and evaluated through the prism of reality social values that inspire the harmony of the system as well as the experience of the judge. Legitimized, because in truth claim socially desirable and argumentative technique grounded in a rational and justified in the legal system, analyzing systematically. Take care is a proposal for a paradigm shift, so that judgments are guided by the security-legal material and based on the highest ethical value of justice.

KEYWORDS: Judicial decision; Philosophical hermeneutics; Logic of reasonable; Material safety law, Justice

I INTRODUÇÃO

A reconhecida impossibilidade de sistematização estrita e rigorosa da dogmática, aliada à inquestionável complexidade das relações sociais têm levado os juristas a optarem por uma relativização da técnica jurídica clássica, a fim de dar vazão à pretensa ideia de justiça ansiada pela sociedade.

Como resultado do novo modelo de Constituição difundido após a 2ª Guerra Mundial, dotado de princípios e valores, a atuação do intérprete acabou se expandindo, sob justificativa de dignidade indiscutível, qual seja, possibilitar, no caso concreto, a adoção de método interpretativo que consiga fazer frente ao sistema, pautando-se pelo sentimento de justiça ambitionado pela ordem jurídica em si, e avaliada sob o prisma da realidade social, dos valores que a inspiram, da harmonia do sistema, assim como da experiência do julgador.

Nesse caminho reflexivo acerca do papel do hermeneuta, contar-se-á com as contribuições de Recaséns Siches e Hans-Geord Gadamer – o primeiro, pela lógica do razoável; o segundo, por meio da hermenêutica filosófica –, ambos voltados à adoção da técnica argumentativa que tenha o condão de produzir consequências mais justas e razoáveis, compreendidas pela realidade social e pautadas por adequação e satisfatoriedade do direito.

O grande desafio em se trilhar esse caminho, que foge da lógica formal (silogística), consiste em estabelecer objetividade/cientificidade à valoração judicial, a fim de torná-la suscetível de controle, circunstância que imporá do jurista a utilização da técnica argumentativa fundada da racionalidade do discurso jurídico.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, órgão a quem se reportará para fazer frente à aplicação prática das supracitadas teorias, tem sinalizado comprometimento e preocupação maiores com os valores substanciais de natureza constitucional e com a própria efetividade da prestação jurisdicional, conforme se verá.

2 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO POSITIVISMO VALORATIVO: CAMINHO QUE PASSA NECESSARIAMENTE PELA ATIVIDADE COGNITIVA/INTERPRETATIVA, NA BUSCA PELA JUSTIÇA

A escola exegética, grande precursora do positivismo jurídico, marcou sobremaneira o apego excessivo à letra fria da lei, pois reforçou uma tendência de que aos juristas cabia aplicar e interpretar o direito a partir de códigos, sem preocupação com a dinâmica e complexidade da sociedade, numa clara tentativa de limitar o poder atribuído aos juízes, em nome da segurança e liberdade dos indivíduos.

Essa tendência positivista triunfou com o advento da Revolução Francesa, pois o liberalismo político tinha o condão de limitar/restringir os poderes do intérprete. A derrocada do absolutismo, por sua vez, embora tenha trazido o ideal legalista, que foi exaltado como a garantia da justiça contra o arbítrio (DALLARI, 2002, p. 71), teve seu conteúdo distorcido com o passar do tempo, tendo prevalecido a lei apenas no seu aspecto formal, sem uma atenção precípua para com o ideal de justiça e com os interesses sociais, até mesmo porque jungia-se, à época, a ideia de neutralidade axiológica.

A ideologia ganhou ainda mais notoriedade na América Latina pela influência, ainda hoje muito forte, de Hans Kelsen, filósofo que desenvolveu uma teoria pura do direito, também chamada de teoria do positivismo normativo, concentrando-se em afastar todo fundamento pautado no valor, seja filosófico ou social, impingindo o Direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo, até mesmo a ausência dele.

A validade do direito, contudo, a partir da segunda metade do século XX, passou a não mais ser atendida unicamente pela obediência aos processos formais de sua elaboração. A instabilidade das relações sociais, resultado da superveniência de novos fatos e valores, além do incontável número de direitos surgidos naquele momento histórico, passou a exigir a análise do direito sob o aspecto de validade social.

A substituição do método exegético de interpretação cedeu lugar a outros modelos hermenêuticos pautados pela racionalidade argumentativa e pelos preceitos de justiça. Essa é a clássica definição da interpretação razoável, que consiste em “interpretar com um sentido de justiça.” (ANDRADE, 1991, p. 135)

Com efeito, passou-se a entender que o ato decisório deve ser construído não apenas por meio da literalidade da lei, mas também por uma atividade gnosiológica, de maneira a buscar, entre as diversas soluções possíveis e as várias interpretações e argumentos, todos os protegidos pela norma jurídica, aquela que mais atende ao sentimento de justiça que se espera das decisões judiciais.

Christiano José de Andrade (1991, p. 137), acerca do assunto, afirma que

A lógica do razoável, que é um juízo de valor dentro da ordem jurídica, e o bem comum valor supremo e medida de outros valores, são conceitos interligados na qualidade de meio (lógica do razoável) e fim (o bem comum). O intérprete deverá ter em consideração a realidade social e as exigências do bem comum, submetendo os dados da realidade social ao crivo de sua apreciação em função do bem comum.

Essa tentativa de correção do positivo jurídico surge para fazer frente ao neoconstitucionalismo, de forma a colherem-se elementos normativos e também valorativos nas decisões judiciais, galgando-se a sua efetividade. Dessa forma, a indeterminação e incompletude da lei positiva, que, por certo, não esgota a regulação dos casos na complexa sociedade em que se vive, deve ser resolvida pelo magistrado por meio da atividade criativa, balizada pela hermenêutica racionalmente *argumentada* e temperada por critérios de *razoabilidade*.

Toda essa construção hermenêutica se dá porque inúmeras são as situações em que a solução não é encontrada na norma legal, notadamente porque, conforme elucida Larenz, citado por Mendes, “num direito legislado existem mais lacunas do que disposições e, a todo instante, a vida se diverte com as previsões legais.”⁴

Diante dessa circunstância, impõe-se ao julgador – que jamais pode se eximir de julgar, mesmo que existam lacunas ou obscuridades – a construção de solução à lide posta sob julgamento, a qual redundará na criação judicial do direito, pois é ele um intérprete da lei, que a enaltece e lhe dá vida, adequando-a a situações práticas e levando o máximo de justiça possível.

Sobre o assunto, ensina Maciel (2004, p. 51) que

Existe uma diferença muito grande entre o direito e o direito positivo, a lei. Caso o profissional que atua na área jurídica não tenha desenvolvido seu lado humanista, indo além das normas e dos processos (com grande destaque para a filosofia, tanto a pura como a do direito), estará fadado muito mais a ser um técnico do que realmente um jurista. É fundamental que sejam formados intérpretes do direito e não intérpretes das leis, pois assim, o valor será sopesado com a sua devida importância, fato necessário para obter-se um sistema jurídico justo e adequado a cada momento da sociedade em que ele é aplicado.

O que se observa é que essa concepção formalista do Direito parece “conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do Direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política” (DALLARI, 2007, p. 87).

Maia (2007) esclarece que

A justiça formal, que alguns chamam segurança jurídica, tal como conhecíamos, deixa gradualmente de ser o eixo central do Direito. A nova realidade não apenas nos permite, mas, exige de cada um a busca pela justiça material. É óbvio que sempre aparecem alguns juristas de plantão para tentar sabotar um projeto de maior dignidade como esse. Abordam a questão de que não há uma definição de **justiça** ou de **justo**. A essa objeção pode-se responder que nem todo conhecimento pode ser reduzido a conceito, como desejava tanto, por exemplo, Aristóteles. A ausência de conceito não torna insignificante a idéia, ou inexistente um valor tão estimável. Por mais que se estime e se valorize a ciência, não se pode perder de vista que o conceito não o limite para o conhecimento, mesmo racional... Na prática, o que se verifica é que não há, em geral, muitas dificuldades em identificar o que possa ser uma orientação justa ou injusta com critérios mais ou menos claros e objetivos. Se essa dificuldade existe no plano teórico, não parece que deva ser um obstáculo à consagração de um valor ético tão estimado.

Diniz *apud* Andrade (1991, p. 139), nessa mesma perspectiva, defende “a preferência, entre as várias interpretações possíveis duma norma, daquela mais benigna, humana.”

O jurista deve, portanto, aprender a trabalhar atribuindo maior ênfase aos princípios e valores, porque eles oferecem mais plasticidade e possibilidade de adaptação ética aos casos analisados. É nesse sistema justo e flexível que a própria hermenêutica se reorganiza.

2.1 A hermenêutica (e seu alcance) pela técnica argumentativa

A interpretação das leis é assunto que se associa diretamente à teoria do conhecimento. Sendo o conhecimento a apreensão de um objeto cognoscível, a interpretação, sob esse aspecto, diz respeito à necessidade de o intérprete conhecer, exatamente, qual o significado e amplitude conferida àquela normativa legal. Somente apreendendo-lhe o sentido, sem descurar da realidade social subjacente, é que se poderá aplicá-la adequadamente ao caso que lhe esteja submetido a julgamento (ALVIM, 2007, p. 159).

Sobre o assunto, cumpre colacionar a lição de Eco (2001, p. 29):

Entre a intenção do autor (muito difícil de descobrir e freqüentemente irrelevante para a interpretação de um texto) e a intenção do intérprete que (para citar Richar Rorty) simplesmente “desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito”, existe uma terceira possibilidade. Existe a intenção do texto.

Quando Eco faz menção à intenção do texto refere-se à essência das palavras combinadas a fim de formá-lo. Todavia, complementa que “*a intenção do texto não é revelada pela superfície textual*” (2001, p. 75), daí porque se torna imprescindível a interpretação.

Essa compreensão do papel desempenhado pelo hermeneuta merece um exame mais profundo, exigindo, por assim dizer, a compreensão do conceito atribuído à própria terminologia. A esse respeito, Streck (2011, p. 273) esclarece que

deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados ao longo da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a ideia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite e, portanto, esclarece, o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade nunca soube o que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes determinados sentido.

A definição trazida por Streck evidencia não apenas a importância do papel do intérprete, mas principalmente a responsabilidade daquele que se encontra imbuído do dever hermenêutico. Com efeito, o texto apenas passa a adquirir sentido à medida que for sendo revelado pelo intérprete.

A hermenêutica, nessa diretiva, não é apenas uma técnica de melhor interpretação, mas também um processo construtivo, pelo qual a lei se legitima.

Assim, o ato de interpretar é parte fundamental do papel desempenhado pelo jurista, não apenas pela indeterminação havida entre a obediência fiel à vontade do legislador e sua adaptação às necessidades sociais ou indeterminação afeta à letra da lei, mas principalmente porque “o ato de interpretar passa por uma atribuição de sentido” (STRECK, 2011, p. 273), ao que Gadamer denomina de tarefa criativa.

No caminho trilhado pelo intérprete, diante dos vazios normativos e questões sociais cada vez mais difíceis e complexas, é inevitável a criação de direito, conforme afirma Capelletti (1993, p. 73), quando diz que “A diferença básica entre os atos legislativos e os demais seria a de que o parlamento produziria normas gerais e que os tribunais e a administração normas individuais.”

Deve-se ter em conta, a despeito da teoria gadameriana, que não mais se concebe a ideia, antigamente difundida, de interpretação como atividade meramente declaratória, em que se busca desvendar o único sentido possível da norma, que seria aquele correspondente à vontade da lei ou do legislador. Julgar significa criar, e o texto legal não é algo estático à espera de um caso concreto para ser aplicado, para ter o seu sentido declarado.

Interpretar é perceber que a sociedade evolui, caminha e vai criando novas instituições; é perceber que esse caminho é o da compreensão e que só é possível compreender, conforme esclarece Gadamer, situados historicamente, não descurando de que quando se interpreta não é possível eliminar isso que se chama de subjetividade, pois é o ponto de partida, o olhar de onde começa a atividade interpretativa. Deve-se ter em conta, outrossim, que não se pode atribuir neutralidade a nenhuma interpretação.

Na linha de Gadamer, seguindo-se à compreensão, tem-se a interpretação e, finalmente, a aplicação, as quais acontecem simultaneamente, pois possuem caráter indivisível. Portanto, não há lei pura, tampouco um sentido dito correto depositado na letra da lei e que deveria ser recuperado no ato de interpretação. O sentido radical da hermenêutica de Gadamer é justamente mostrar que a lei não está pronta, que o Direito não é mera Instituição engessada. O direito está em construção.

Nessa tarefa construtiva, a atividade hermenêutica tem como balizamento principal a busca incessante pela justiça. Essa tarefa impõe ao jurista que se valha das regras de interpretação jurídica e da técnica argumentativa para lançar nos autos a decisão que mais se aproxime do direito justo e razoável, possível de ser apreciado no caso concreto, debruçando-se, por assim dizer, sobre a realidade social.

A questão que se coloca em voga é: Que limite pode ser estabelecido à atividade do hermenêuta?

Eco (2001) já afirmou existirem “critérios para limitar a interpretação”, não sendo possível fazer uma interpretação, principalmente jurídica, com critérios livres, pois ao se depositar no sujeito da interpretação o poder de construção do sentido de um texto, após sua leitura, está-se a atribuir amplos poderes àquele que o manipula.

No estudo ora proposto, o balizamento limitador da hermenêutica aplicada às decisões judiciais encontra guarida na atividade argumentativa desempenhada pelo intérprete, no sistema jurídico, passando pelo filtro da legitimidade constitucional e realidade circundante. Com efeito, imprime-se à decisão judicial o dever de indicar os métodos capazes de assegurar a fundamentação racional, capaz de imprimir certa previsibilidade jurídica, validada pelo consenso verdadeiro conferido pelo socialmente desejável e confiável.

O titular da jurisdição, nessa perspectiva, vale-se da atividade hermenêutica para apreender o sentido e o alcance da norma, aplicando ao caso concreto o substrato que melhor atinja o direito justo. A abstração trazida pelos princípios exige do magistrado uma interpretação que se adapte à norma objetivamente considerada, alinhando-a ao espírito do constituinte originário. O bom manejo da técnica de ponderação dos princípios, respeitando-se os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico (analisando de maneira ampla), alinhado aos anseios da sociedade e à busca pelo consenso racional fundamentado, é que lhe conferirá legitimidade.

Gadamer (1997, p. 489) esclarece que

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.

Segundo Diniz *apud* Andrade (1991, p. 140):

a equidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto ou singular.

Nesse ponto, é imprescindível destacar-se que, quando da interpretação, têm-se de levar em consideração diversos aspectos relevantes: o primeiro deles é a lei, aqui compreendida como sinônimo do texto legal, mas que, todavia, é menor do que o Direito, denominado Sistema. Segundo, a relação entre a lei e o Direito, que se traduz numa relação de parte para o todo. Terceiro, a interpretação da lei envolve, de maneira necessária, a consideração de todo o sistema, pois há de ser entendida à luz dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Tem-se por necessário observar, outrossim, o que dispõem certas normas de sobredireito; principalmente, há de se atentar para o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito, que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, além de outros dispositivos similares.

Finalmente, existe um núcleo ético na tarefa hermenêutica. Deve-se ter em conta, porém – é imprescindível destacar –, que a interpretação de um documento da tradição ou do texto da lei requer certa liberdade fundamental sem a qual nenhuma experiência hermenêutica é possível. Defender a hermenêutica (ou então, interceder em favor da possibilidade da experiência hermenêutica) significa contrapor-se de modo radical a qualquer dogmatismo que pretenda capturar o sentido (do texto) numa ideia fixa ou verdade absoluta.

Essas técnicas argumentativas compõem a atividade gnosiológica do jurista, pois é o meio pelo qual se justifica tecnicamente a solução jurídica socialmente desejável e imbuída dos preceitos de justiça.

2.2 A imperfeição do sistema e o esforço argumentativo conferido ao jurista na busca por soluções justas, razoáveis e socialmente desejáveis – aplicação prática

EMENTA: APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. IMPOSSIBILIDADE DE DIRIGIR. ISENÇÃO DE ICMS PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. VIABILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. - Restou demonstrado nos autos que a autora/recorrida absolutamente incapaz e comprovou ser portadora de deficiência mental profunda - F-73 (CID- 10), conforme Laudo de Avaliação médico/psicológico. - A norma que estabelece a isenção fiscal para aquisição de veículo automotor pela pessoa portadora de deficiência física tem o escopo de facilitar seu transporte e mobilidade, máxime quando o beneficiário possui dificuldade extrema de locomoção, tendo a necessidade de fazer constante acompanhamento médico. - Confronta o princípio da isonomia e da razoabilidade admitir que a legislação federal isente a pessoa portadora de deficiência do pagamento de IPI e a legislação estadual o obrigue ao pagamento de ICMS, bem como a concessão de isenção para pessoas de possuem deficiência física parcial e denegar para as que têm grave deficiência que o impedem totalmente de transportarem-se sem a ajuda de terceiros, caracterizando injustificada discriminação. Precedentes desta Corte de Justiça. - O fato do veículo ser dirigido por terceira pessoa, ausente alguma adaptação especial, não impede a concessão do benefício, pela inexistência de restrição legal, em estrita observância do óbvio primado constitucional de assegurar a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência física. - A dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no art. 1º, III, da CF, deve ser considerada de forma a assegurar uma vida condigna com as necessidades especiais, subsistindo o direito à isenção, ainda que o veículo não seja adaptado e conduzido por outra pessoa. - Apelo ao qual se nega provimento, para manter incólume a sentença de primeiro grau. (APRN 0008158-95.2015.827.0000, Rel. Des. MOURA FILHO, 1ª Turma da 2ª Câmara Cível, julgado em 30/03/2016, TJTO).

No julgamento suso transcrito, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, é possível verificar uma construção interpretativa que, embora fundada em princípios resultantes do ordenamento jurídico brasileiro, destoa da literalidade do Decreto Estadual nº 2.912, de 2006, do Estado do Tocantins (art. 3º), o qual deixa de contemplar a não isenção do recolhimento do imposto ICMS, quando da aquisição de veículo automotor, aos deficientes físicos desprovidos de CNH (impossibilitados de dirigir, devido à debilidade total), ao passo que àqueles deficientes parciais, com habilitação especial, é conferido tal direito.

Na ponderação dos interesses colocados sob análise, tem-se, de um lado, a dignidade do deficiente físico total, impedido de dirigir (a quem deixou de ser conferido, pela legislação estadual, o direito à isenção de tributo na aquisição de veículo) e, do outro, o interesse público na arrecadação tributária. Qual deveria prevalecer? A resposta surge espontânea e prontamente: Deve prevalecer o primeiro, não apenas

porque ostenta valor de maior magnitude, mas também porque é compromisso e dever estatal promover a reintegração do deficiente físico à vida em sociedade.

Mas a solução perpassa, antes de qualquer apreciação aquilatada pela ponderação, ao método interpretativo da lógica do razoável. Ora, se é permitida a isenção do tributo àquele deficiente parcial, não existe razão lógica para negar o mesmo direito àquele deficiente total. Não há razoabilidade alguma em conferir direitos diversos a indivíduos, que, em tese, se encontram em situação de igualdade. Pensar de forma distinta importaria em flagrante violação à isonomia material conferida pela Constituição Federal.

Nessa circunstância, em que o legislador se omitiu, ao tempo em que deveria proclamar o direito, deve o jurista ter em conta aquilo que razoavelmente teria querido o representante político na situação colocada sob análise, valendo-se, para tanto, da teleologia da norma, assim como da lógica do razoável, aliada, por fim, à análise da realidade social e dos valores de justiça enraizados na vivência do hermeneuta.

A casuística apresentada demonstra que, muito embora o direito, em tese, crie situações e modelos ideais, a dinâmica das relações sociais termina por denunciar uma imperfeição do sistema, a qual deve necessariamente ser corrigida pelo jurista. In casu, a decisão proferida é a que mais se adapta à pretensão de justiça confiada ao Poder Judiciário. Sua legitimidade está calcada na verdade aceita pela sociedade (solução socialmente desejável) e na fundamentação racional e justificada no ordenamento jurídico, analisando sistematicamente.

O *decisum*, por meio da técnica argumentativa, foi além da literalidade linguística da lei, buscando fundamentos principiológicos para atrair uma solução equitativa, razoável e adaptada à realidade social vigente.

O direito, por sua vez, foi pensado não apenas no seu aspecto normativo, mas também social, humano, uma vez que o rigor da lógica formal traria consequências destoantes dos valores de justiça e razoabilidade. Com efeito, o que há na hipótese vertente é uma norma dissonante da realidade do sistema jurídico brasileiro, exigindo do jurista uma correção dessa justiça legal, o que o faz pelo atendimento de um critério de justiça fundado na humanização do discurso.

Assim, não se mostra suficiente que a Constituição da República possibilite o acesso à jurisdição sem que, para tanto, permita ao jurista ir além da subsunção fato/norma (silogismo), que deu expressivos exemplos de deficiência na busca por soluções justas equânimes, e dando prevalência à lógica do razoável e aos valores de justiça aplicados por meio do discurso racional e fundamentado. Nessa perspectiva, a atividade discursiva aliada à produção decisória terá a legitimidade calcada na busca pelo consenso. O magistrado passa a ter um papel atuante e sociologicamente responsável.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade criativa do magistrado, analisada sob o enfoque clássico da expressão, poderia inculcar a ideia, amplamente difundida, de suposto antagonismo entre a sobredita criatividade e a segurança jurídica concebida pelo sistema. Contudo, haverá de se reconhecer (e até mesmo constatar) que a resposta caminha em sentido diametralmente oposto.

É que a segurança jurídica, originada no direito francês, teve seu alicerce fincado, à época da Revolução Francesa, na desconfiança dirigida aos juizes, porquanto estes compunham a aristocracia que oprimia todas as demais classes sociais. Valeram-se, à época, da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, para quem, se o juiz tivesse a possibilidade de modificar a lei, a teoria estaria sendo violada, razão por que a atividade julgadora restringia-se à reprodução fiel da letra da lei.

Contudo, a tão defendida segurança jurídica, balizada na separação dos poderes, era frequentemente invocada para assegurar direitos dos burgueses, numa clara pretensão de garantir privilégio de poucos. Assim, díspar do que se costuma pensar, aludida segurança jurídica não pode ser lida como uma conquista da sociedade.

Com efeito, a separação dos poderes deve ser compreendida, hoje, de forma adequada e sistemática, exigindo-se “temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam” (LARENZ *apud* MENDES *et al*, 2010). A segurança jurídica, sob tal perspectiva, e situada na contemporaneidade, não raras vezes, somente poderá ser atingida pela atividade criativa do jurista.

É a arte da interpretação, balizada pela equidade e razoabilidade, a qual garantirá, efetivamente, a obtenção de soluções justas por meio da técnica argumentativa. E a discricionariedade do magistrado, nesse trabalho hermenêutico (filosófico e razoável), somada à busca do consenso racional e fundamentalmente justificado não significam arbitrariedade. Aliás, se fossem a mesma coisa, não precisaria duas designações diversas.

A discricionariedade pode vir a trazer segurança jurídica, quando utilizada com racionalidade legitimadora e fundada em valores socialmente desejáveis e confiáveis, capaz de atender à expectativa do jurisdicionado (caso da decisão suso analisada). Nessa hipótese, contrariamente à ideia do antagonismo tão propagada, ter-se-á um consequencialismo, que merece ser exaltado, e não rechaçado.

○ que se propõe é uma mudança de paradigma e foco. As decisões judiciais devem estar pautadas na segurança jurídico-material, ou seja, devem estar fundadas no valor ético supremo da justiça. Do contrário, a desvinculação do direito à questão ética terá o condão de estabelecer a insegurança jurídica.

Dessa forma, vê-se que não é a discricionariedade dada ao aplicador do direito que gera a insegurança – notadamente quando fundamentada na racionalidade da técnica argumentativa e nos valores da razoabilidade –, já que nada impede haja decisões diferentes para casos semelhantes, com o ideal de justiça presente em todas elas. Ocorre que, tendo o sistema normas defasadas em relação à realidade do corpo social,

o legalismo com certeza gerará decisões que não satisfazem o anseio da comunidade, causando, aí sim, insegurança quanto à aplicação do direito. A utilização de normas, algumas vezes injustas, passa a comprometer o sistema, já que a segurança jurídica fica estritamente ligada à mera segurança do ordenamento.

Registre-se, ademais, que a certeza conferida pelo direito positivo, em alguns casos, pode ser muito mais um fator de insegurança jurídica do que propriamente a garantia da proximidade da norma posta e a concretização da justiça. Isso porque, verdades únicas, além de autoritárias, deturpam o contexto ideológico em que a norma é revelada pelo intérprete, caminhando em verdadeiro dissenso com a hermenêutica filosófica gadameriana. Se a segurança for posta como a certeza dada pelo direito positivo, acarretará – e já deu expressivas provas disso –, um choque com o ideal de justiça no caso concreto. Daí se concluir que a segurança jurídica, diferentemente do que se costume pensar, não está restrita à mera aplicação das normas; ao contrário, reside na sua flexibilidade, analisada sob o prisma da realidade social, da teleologia da norma, da razoabilidade, todas balizadas pela técnica argumentativa racional, fundada nos valores supremos da justiça e do próprio ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e argumentação no atual Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. Parte Geral. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

ANDRADE, Christiano José de. **A hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins**. APRN 0008158-95.2015.827.0000. Relator Desembargador Moura Filho. Disponível em <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=f01385754fd80a1fe0dc9349075578a9&options=%23page%3D1>>. Acesso em 22 jun 2016.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 200.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Legalismo. Brasília. **Consulex**, nº 32. A. 1999.

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECO, Humberto. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Direito, evolução, racionalidade e discurso jurídico**. A “realização do direito” sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

LARENZ, Karl, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAIA, L. A. Moreira. **Novos Paradigmas do Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Revisão Técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Recebido em: 21/11/2016

Aprovado em: 19/12/2016

