



A BUSCA DA VERDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS EM DETRIMENTO DA SUBJETIVIDADE DO JULGADOR

JAHNS, Alexia Emely¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando de²

RESUMO:

O presente ensaio teórico versa sobre as variadas situações e elementos capazes de influenciar a mente julgadora no momento decisório. Inicialmente, busca-se resgatar o conceito de Hermenêutica Jurídica, as raízes e importância para o Direito, com posterior imersão nas discussões propostas. O estudo demonstra o direcionamento que os fatores de influência são capazes de exercer. Tais fatores consistem em elementos intrínsecos ao magistrado, como os decorrentes de experiências pessoais, preferências, crenças e significado de justiça, cujo potencial para fazer dele um julgador solipsista, parcial ou discricionário é questionado e debatido pela doutrina. Neste diapasão, tem-se como objeto norteador a pesquisa bibliográfica para se exercer um diálogo jurídico-literário entre os autores, a fim de se realizar uma comparação de ideias e opiniões sobre as influências que circundam a mente da magistratura e possíveis soluções para se buscar exercer a atividade julgadora da maneira mais acertada, em especial, consoante a Constituição. Diante do influxo de elementos persuasivos e manipuladores, há quem se posicione radicalmente, elevando a ideia de afastamento do julgador dos próprios sentimentos, sobressaindo a neutralidade; de outro modo, há aqueles que sustentam um exercício equilibrado entre a razão e a emoção, buscando postura imparcial. Nesta senda, o trabalho com estes elementos de influência e as opiniões doutrinárias propõe uma reflexão sobre o exercício e a aplicação do direito, compreendendo-se, ao final, que a melhor atuação é aquela correspondente à Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Subjetividade; Limitação; Decisões Adequadas.

THE SEARCH FOR THE TRUTH IN JUDICIAL DECISIONS TO THE DETRIMENT OF THE JUDGE'S SUBJECTIVITY

ABSTRACT:

This theoretical essay deals with the various situations and elements capable of influencing the judgmental mind at the moment of decision. Initially, it seeks to rescue the concept of Legal Hermeneutics, its roots and importance for Law, with subsequent immersion in the proposed discussions. The study demonstrates the direction that the influencing factors are able to exert. Such factors consist of elements intrinsic to the magistrate, such as those arising from personal experiences, preferences, beliefs and meaning of justice, which potential to make him a solipsistic, partial or discretionary judge is questioned and debated by the doctrine. In this sense, the guiding object is the bibliographical research to exercise a legal-literary dialogue among the authors, in order to carry out a comparison of ideas and opinions on the influences that surround the mind of the magistracy and possible solutions to seek exercise the judging activity in the most correct manner, in particular, according to the Constitution. Faced with the influx of persuasive and manipulative elements, there are those who take a radical stand, raising the idea of the judge's distancing from their own feelings, emphasizing neutrality; otherwise, there are those who sustain an exercise balanced between reason and emotion, seeking an impartial posture. In this way, the essay with these elements of influence and doctrinal opinions proposes a reflection on the exercise and application of law, understanding, in the end, that the best performance is the one corresponding to the Magna Carta.

KEYWORDS: Subjectivism; Limitation; Proper Decisions.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: aejahns@minha.fag.edu.br

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Um assunto tão relevante quanto antigo é a discussão que envolve diversos impasses e influências internas que permeiam o julgador no momento de decidir, caso a caso, as questões judiciais que lhe são apresentadas.

Se por um lado é inegável que a razão orienta o ser humano, igualmente não é plausível refutar que as emoções, sob outra perspectiva, podem ter uma significativa presença na composição do homem em sociedade, o qual permanece na busca por atributos como o certo e o justo. Além disso, em estudos sobre o inconsciente humano, é cognoscível que, por vezes, estímulos internos como a emoção e preferências pessoais se sobressaíam, interfiram, manipulem, intervindo nos processos psíquicos e, conseqüentemente, nas decisões, o que compromete a objetividade do ato.

É possível que, num momento importante como o da decisão judicial, venham a se fazer presentes elementos pré-concebidos do julgador que, por vezes, influenciam despercebidamente. De tal forma, pelo seu ponto de vista, está julgando unissonamente com a verdade, porém, trata-se de uma compreensão subjetiva, que pode ser diversa da realidade dos fatos e das partes.

Isto posto, questiona-se a viabilidade de haver conciliação entre a razão e a emoção no ato de julgar. Ademais, se o juiz, em árduos momentos da atividade, deve posicionar-se apenas como aplicador da lei, um juiz neutro, ou de outro modo, como ser humano, aplicando o entendimento com ponderação e imparcialidade.

Destarte, estudo e observação são importantes, em especial, sobre a existência de limites que o julgador deve manter em relação à subjetividade ao proferir os vereditos. De mais a mais, é essencial a busca sobre quais os entendimentos doutrinários proferidos a respeito das influências internas.

Nesse diapasão, a problemática do presente assunto está no questionamento da legitimidade quanto ao uso de elementos subjetivos do julgador para fundamentar as decisões judiciais. Ante o conflito moral e jurídico exposto, demonstra-se a necessidade de se instaurar um limite, em relação ao momento de utilizar-se, majoritariamente, da racionalidade e quando será permissível existir interferência subjetiva, a fim de se proferir decisão justa, ou a mais próxima disto.

Convém lembrar que, o presente ensaio teórico estará distribuído consoante a cada objetivo específico. Inicialmente, será exposto o conceito de Hermenêutica Jurídica, seguido de seu objeto de estudo, elementos históricos e míticos e da busca pela verdade dentro da matéria. Posteriormente, serão discutidos os diversos fatores de influência, inseridos nas decisões judiciais, tratando-se da

versão sugestionável do julgador em detrimento da razão, e a necessidade de limitação nas interpretações.

Por fim, na busca por uma conclusão das ideias ascendidas ao decorrer do texto, estar-se-á desenvolvendo um diálogo entre as diversas análises desenvolvidas pelos doutrinadores estudados e seus posicionamentos quanto à razão e à emoção presentes nos atos decisórios. Além do mais, discorrer-se-á sobre a diferenciação entre neutralidade e imparcialidade judicial e quanto à possibilidade de conciliação entre o Direito e os fatores intrínsecos ao julgador.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA: SEU OBJETO E SIGNIFICADO

De maneira concisa, a Hermenêutica pode significar apenas um processo de interpretação, ou, indo além, a interpretação dos textos da forma correta (SCHMIDT, 2013). Enriquecendo a conceituação, Camargo (2003) considera que se trata de um processo de interpretação e aplicação das leis, bem como é a forma de aclarar um conhecimento antes obscuro.

Por conseguinte, para Gadamer (1997, p. 487), o procedimento na referida disciplina estabelece uma relação entre passado e presente, na medida em que o intérprete adequa o texto legislativo às condições contemporâneas, interpretando e reconhecendo o sentido atual, exercendo, uma “mediação jurídica”. Por sua vez, Schmidt (2013, p. 12) acrescenta que Gadamer traduz a Hermenêutica como “a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto a interpretação quanto aplicação”.

Desse modo, Hermenêutica Jurídica não se trata de apenas uma ferramenta utilizada em casos pontuais, mas participa do cotidiano, faz parte do nosso modo de ser. Essa integração é factível por meio do uso da linguagem, esta que permite acesso ao mundo, à sua universalidade, proporcionando uma ampla discussão e compreensão dos textos, da mesma forma que para a compreensão da linguagem é necessário o exercício hermenêutico, pela interpretação e aplicação (NUNES JUNIOR *et al.*, 2017).

Nas considerações de Diniz (2012), ao esclarecer as funções da interpretação, ressalta-se que esta busca não só o alcance, mas também a origem da norma, a qual é adequada conforme o contexto e o que é primordial no momento da aplicação, com o surgimento das novas relações e mudanças da sociedade. Não só isso, incumbe a ela determinar a harmonização da lei às necessidades sociais, desvendando o sentido para garantir os fins almejados. Por outro lado, Santos (2003, p. 41) ressalta que, para melhor compreensão da matéria, é necessário se debruçar a “uma incursão pela hermenêutica filosófica. Essa, sobretudo, na contemporaneidade, ao invés de ser um conjunto de procedimentos, antes discute como ocorre o processo de compreensão e interpretação”.

Indo além, a interpretação jurídica é o ponto de partida da chamada *Crítica Hermenêutica do Direito*, porquanto, na medida em que é aplicada pelo Poder Judiciário, embasada em um Estado Democrático de Direito, não se pode interpretar a norma consoante a “preferências políticas, morais ou econômicas”, mas deve alcançar uma resposta que seja “adequada à Constituição” (NUNES JUNIOR *et al.*, 2017, p. 2).

Consequentemente, o Direito está estreitamente ligado ao conteúdo hermenêutico, posto que a significação de sua existência depende da busca pela compreensão e aplicação da lei aos casos concretos. Em consequência disso, nas proposições de Camargo (2003), a compreensão do Direito, enquanto norma de aplicação a casos específicos, possibilita diversas interpretações, por meio de técnicas que buscam compreender a ideia originária da elaboração da norma, bem como um significado para as partes nela envolvidas, nos vários campos e situações em que se aplica.

Logo, compreende-se que a interpretação é um meio para se alcançar o objetivo primevo da Hermenêutica Jurídica, qual seja, a essência das expressões legislativas e a melhor aplicação à realidade fática.

2.1 ORIGEM: CONTEXTO HISTÓRICO E MÍTICO

A origem da palavra Hermenêutica remonta ao século XVII, com o significado de ciência e arte da interpretação. Posteriormente, transmutou-se para uma ideologia de métodos com o intuito de ser melhor praticada a compreensão, de forma técnica, já ao final do século XIX, conforme investigações de Santos (2003). Complementando, Palmer (2018) declara que a Hermenêutica, que possui raízes na língua grega, provém do verbo *hermeneuein*, que significa interpretar, aliado ao substantivo *hermeneia*, traduzida como interpretação.

Inicialmente, a matéria indicava restrições às técnicas de interpretação, promovendo uma metodologia para as diversas ciências que dela se utilizavam “a fim de prevenir, do melhor modo possível, a arbitrariedade no campo da interpretação” (GRONDIN, 1999, p. 23). Nesse sentido, observa-se que a prática de análise da escrita ocorria antes mesmo do surgimento da palavra Hermenêutica; enquanto este vocábulo começou a ser utilizado apenas no século XVII, a interpretação no sentido religioso, jurídico e literário já existia desde a antiguidade (SANTOS, 2003).

De acordo com Santos (2003), a Hermenêutica foi constituída enquanto arte e técnica para o melhor entendimento dos escritos com a prática grega, utilizada para extrair o sentido das mensagens transmitidas pelos poetas. Por conseguinte, desenvolveu-se com as interpretações realizadas pelos judeus sobre as Escrituras Sagradas. E ainda, no campo religioso, este conhecimento auxiliou na interpretação da literatura bíblica, tanto para judeus e cristãos, como para os protestantes no período

da Reforma. Já na Idade Média, o estudo sobre as revelações divinas ensejaram o surgimento da Teologia, tendo o conteúdo hermenêutico o papel de guiar a correta interpretação dos textos sagrados pela filologia, em consonância com os estudos de Camargo (2003).

Passando ao aspecto mítico, na visão de Palmer (2018), as palavras *hermeneuein* e *hermeneia*, também remetem ao deus grego Hermes, o mensageiro alado, o qual os gregos acreditam ter contribuído com a descoberta da linguagem e da escrita, que são utilizadas para transmitir os significados das coisas. Hermes era o deus mensageiro do Olimpo, filho de Zeus, cuja função consistia em mediar e transmutar os comunicados dos deuses aos homens, transformando toda a linguagem ininteligível para a capacidade humana a algo acessível à compreensão.

Isto posto, a *hermeneuein* e a *hermeneia* possuem três funções básicas enquanto mediadoras para transmitir significados: o dizer, o explicar e o traduzir (PALMER, 2018). Estas três atribuições exercidas estão relacionadas a declarar uma mensagem, esclarecê-la e torná-la cognoscível, bem como expressar o significado de uma língua estrangeira ou algo que seja incompreensível ao interlocutor (CAMARGO, 2003).

Dado o processo de intermediação, uma vez que apenas se sabia indiretamente a respeito das mensagens ditas transmitidas pelos deuses, conclui-se que a partir da metáfora de Hermes, é possível identificar a complexidade que é o exercício da Hermenêutica. Por meio dela, é desvendado o significado de uma língua estrangeira e demais objetos de estudo, tal como resulta deste exercício a atribuição dos sentidos, como ressalta Streck (2020).

2.2 A HERMENÊUTICA COMO FORMA DE BUSCAR A VERDADE

A verdade é algo muito desejado pelo ser humano. É acreditando estar diante dela que “o indivíduo articula a realidade e identifica um sentido em sua vida”. Aliás, não só o indivíduo, mas a sociedade, como um todo, é guiada por diversos aspectos e conceitos de verdade (VIANNA, 2017, p. 2508 e 2509).

Remontando à época da Antiga Grécia, Foucault (2002) relata que a história de Ilíada, escrita por Homero, é a primeira forma das práticas judiciárias gregas de buscar a verdade, por meio do modo de comprovar as alegações das partes. Trata-se do conto que relata a disputa de uma corrida de carros entre Antíloco e Menelau. Para a realização do desafio do circuito, os componentes deveriam passar próximo a um marco, sendo que, neste local, havia uma pessoa para observar o cumprimento da tarefa.

Após ocorrer uma irregularidade e Antíloco vencer, Menelau contesta a disputa e ambos vão para julgamento. Naquele caso, o litígio desenrolou-se apenas em torno das alegações dos

competidores, com acusação e defesa, sem qualquer menção à testemunha que ficou próxima ao marco para observar os acontecimentos da corrida. Para resolver o assunto, Menelau lança um desafio ao adversário, que consistia no juramento diante de Zeus de que a irregularidade não havia ocorrido. Destarte, este foi o fato determinante para a finalização do jogo de provas, com a desistência de Antíloco por receio de sofrer penalidade pelos deuses, no caso de um falso juramento (FOUCAULT, 2002).

Com efeito, na busca pela compreensão sobre a relação de verdade e direito, Pinto (2016, p. 309) comenta que Foucault encontra em *Ilíada* uma referência à pesquisa sobre a verdade no processo de uma maneira singular: “não passa pelo testemunho, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro”, sendo que, havendo aceite do desafio, ao final, a verdade seria dada pelos deuses.

Este jogo de provas para estabelecer a verdade, que dispensa aplicação de inquérito e demais procedimentos processuais utilizados na Grécia Antiga, do mesmo modo foi aplicado, posteriormente, na Idade Média, por meio das chamadas *Ordálias*. Estas consistiam na aplicação de desafios aos acusados, os quais seriam inocentados mediante intervenção divina, se assim merecessem, livrando-se da aplicação das penas (PINTO, 2016).

Em análise à história de Édipo rei, peça teatral de Sófocles, na busca da solução para as adversidades que passavam mediante um litígio criminal — era preciso saber quem matou o rei Laio e provocou as intempéries na cidade de Tebas —, apresentam-se então, resquícios da prova da verdade, como em *Ilíada*. Sob esse aspecto, há uma cena em que Creonte presta juramento a Édipo, a seu pedido, de que não realizou qualquer armação para tomar o poder, que remonta ao estabelecimento de prova, mencionado anteriormente nas enunciações de Foucault (2002).

De outro lado, a peça se desvela em um jogo, chamado por Foucault (2002) de lei das metades. Com um comprometimento de Édipo em exilar quem quer que tenha praticado o ato de conspiração que causou a fúria dos deuses, a história aponta, aos poucos, as verdades escondidas, como em peças de quebra-cabeça, para que, ao final, seja revelado que foi ele mesmo (Édipo) o causador de todo o conflito.

Tal episódio foi possível com a introdução de um novo elemento ao processo grego: a testemunha, que, apresentando sua versão dos fatos, evidenciou como boa parte da história aconteceu, acrescentando fragmentos de memória até então obscuros (FOUCAULT, 2002). Evidentemente, analisando esta história, Foucault compreende o surgimento de uma prática racional na atividade jurídica: houve a aplicação da verdade independente de poder, surgiram formas racionais de demonstração da prova, bem como ocorreu a ligação entre a verdade e o direito, cuja racionalidade jurídica expandir-se-ia às demais áreas de conhecimento (PINTO, 2016).

Uma vez que esse termo (verdade) tem definições e valores plúrimos, dado que é oriundo dos sentidos e aspectos individuais, Vianna (2017) relata que a Filosofia se incumbiu de elaborar teorias para explicar o significado e origem. São elas: a) verdade por correspondência; b) verdade pragmática e, c) verdade consensual.

Pela teoria por correspondência, a verdade é constatada quando é possível comprovar a alegação, quando o significado dado à determinada coisa existe efetivamente no plano real. A verdade pragmática, por sua vez, ocorre pela prática constante de ação baseada em uma crença, que, se repetida, torna-se verdade; independente da origem, a verdade está no hábito de praticar aquela crença. Já a verdade consensual, que realmente importa para a interpretação jurídica, “expressa uma concordância ampla na comunidade sobre determinado objeto, resultante de debates dialógicos e dialéticos travados democraticamente” (VIANNA, 2017, p. 18).

Desta maneira, a verdade teve uma evolução histórica, passando da crença na revelação pelos deuses a um resultado da prática do diálogo e argumentação. Logo, não é apenas aquilo que se diz que é, mas o resultado de um processo democrático de discussões na comunidade jurídica, a qual tornou a definição de verdade um consenso.

Contudo, um problema apontado por Streck (2013, p. 19) em relação à manifestação da verdade nos atos decisórios é que esta não pode estar sujeita à vontade do intérprete, ou seja, de julgar conforme melhor entende, conforme sua consciência, “como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”. Aliás, o próprio significado das coisas advém de um meio de compreensão, chamada por Streck (2013, p. 17) de “mediação do significado”, expressando que a nossa percepção e compreensão ao que é analisado advém de um ponto de vista, de algo enquanto algo, não dos objetos como realmente são.

Em suma, Nunes Junior *et al.* (2017) identificam, pelo estudo de Gadamer, que o conceito de verdade buscado nas ciências humanas não deve ser compreendido como algo metodológico, mas sim filosófico, que é o que caracteriza a Hermenêutica Jurídica. Deste modo, embora a compreensão da verdade seja um assunto delicado e de difícil alcance com absoluta certeza, o juiz, ao decidir, deve estar convicto com relação a ela dentro de suas limitações, ou seja, a verdade será elaborada no processo pelo estudo do caso concreto, pela reunião das diferentes versões de verdade, contando com a contribuição das partes, e então exposta na decisão judicial.

3 FATORES DE INFLUÊNCIA NOS ATOS DECISÓRIOS

A partir das menções de Bacon (2002, p. 19), este declara que existem alguns fatores aptos a influenciar a mente humana que dificultam o alcance da verdade, bem como podem obstaculizar o

conhecimento das ciências. As falsas ideias, limitadoras do entendimento e conhecimento científico, chamadas de “ídolos”, são elencadas em quatro espécies, quais sejam: *Ídolos da Tribo*, *Ídolos da Caverna*, *Ídolos do Foro* e *Ídolos do Teatro*.

Os *Ídolos da Tribo* são provenientes da natureza ou espécie humana. “É falsa a asserção de que os sentidos do homem são a medida das coisas”. Comparado a um espelho, o intelecto humano reflete o mundo ao redor de maneira distorcida, consoante as próprias percepções, as quais são voltadas à sua natureza, cerceadas pelos preconceitos e sentimentos e desprovida de estabilidade (BACON, 2002, p. 19 e 20).

De tal maneira, são as chamadas inclinações implícitas, mencionadas por Abreu *et al.* (2018), que atuam mediante estereótipos e conhecimentos pré-concebidos pelo sujeito, que nada mais são do que tendências ou influências internas, que repercutem no pensar e agir.

Quanto aos *Ídolos da Caverna*, Bacon (2002, p. 20) acrescenta que esta espécie é voltada ao indivíduo enquanto o próprio limitador, pois cada um possui em si “uma caverna ou uma cova que intercepta e corrompe a luz da natureza”. Por isso, depende do estado de espírito do indivíduo e de como este recebe e filtra as informações do mundo externo, consoante as experiências próprias ao longo da vida, o que reflete em seus juízos.

Neste aspecto, Abreu *et al.* (2018) acrescentam que o inconsciente faz parte do ato de julgar, isto porque o juiz, pela condição de ser humano, é submetido à múltiplas situações, experiências estas que lhe são intrínsecas. Dessa forma, o juiz

Expõe-se, desde a infância, a toda sorte de abalos psicológicos e emocionais que lhe caracterizam a história de vida, compondo-o como um sujeito único no mundo, dotado de qualidades e defeitos que lhe influenciarão toda a existência. Ao decidir, o juiz não se despe da condição de ser humano. O ato de julgar, portanto, é praticado nessa condição: a de quem carrega uma infinidade de caracteres que fazem dele, juiz e ser humano, tudo que ele é. (ABREU *et al.*, 2018, p. 664).

Neste ponto, seja pelo convívio em sociedade, a educação que recebeu, as leituras realizadas, ou mesmo o estado mental no momento, diversos são os fatores de influência sobre cada pessoa, os quais se originam pelas particularidades (BACON, 2002).

Estes fatores internos, aliados aos externos, permitem-lhe uma cognição sobre o processo que não se desvincula da condição natural de ser. Por isso, o jeito como recebe as informações em sua caverna cognitiva e as compreende, tal qual a maneira de enxergar o mundo, é que fará grande diferença, podendo repercutir em diversos resultados.

Há inclusive os *Ídolos do Foro*, os quais resultam da associação e convivência dos seres humanos. Como as relações se constituem pelo uso das palavras, estas, quando utilizadas

inapropriadamente, limitam o conhecimento e o desenvolvimento da inteligência, consequências, por vezes, difíceis de serem desfeitas. À vista disso, o autor declara que as palavras exercem poder sobre o indivíduo, capazes de manipular a mente e induzir a falsas percepções, inutilizando a filosofia e as ciências como constituidoras do conhecimento (BACON, 2002).

Finalmente, Bacon (2002) elenca os *Ídolos do Teatro*, que são fatores externos ao indivíduo, doutrinas filosóficas adotadas ou inventadas e outras regras que incutem, na mente humana, verdades fictícias. São ideias que o autor chama de fábulas, as quais representam um cenário paralelo à realidade, como num teatro.

Como mencionado alhures, além destes fatores de influência intrínsecos e extrínsecos ao indivíduo, Abreu *et al.* (2018) elegem outro ponto condicionante da razão que guia os pensamentos e escolhas: o inconsciente.

No processo de construção do ato decisório, não estão presentes apenas aqueles elementos ordinários, comuns à ação judicial, mas outros despercebidamente influenciadores, que embora não façam parte do processo, fazem parte do magistrado. Nesta perspectiva, estão os chamados fatores metaprocessuais ou extraprocessuais, cuja definição é dada por Abreu *et al.* (2018, p. 675) como “tudo aquilo que, afora os fatos, as provas e o direito, influem no raciocínio do julgador, no processo de tomada de decisão e, ao final, no resultado do julgamento”.

Nesse íterim, citando trabalho realizado por Carl Gustav Jung em relação ao inconsciente, Abreu *et al.* (2018, p. 669) relatam que é possível entender que “o ser humano percebe inconscientemente uma pluralidade indefinida de estímulos externos e, internalizando-os, transformando-os, de igual modo inconscientemente, em eventos e processos psíquicos”. Estes processos, quando internalizados, são capazes de produzir múltiplos efeitos, participando das construções mentais exercidas pelo ser humano.

Com base em resultados de pesquisas empíricas, observa-se que em determinadas situações como relativas à idade, é possível que juízes mais idosos tendam a julgar favoravelmente ações por discriminação etária; semelhantemente, questões religiosas implicam nos resultados de demandas para seu livre exercício, a depender da crença do juiz, além de existirem as inclinações implícitas, mencionadas algures. Causas como estas estão alojadas no inconsciente e são capazes de promover certas tendências nos julgamentos, por vezes em condições tão sutis que passam despercebidas, conforme mencionam Abreu *et al.* (2018).

Como ressalta Bacon (2002), o ser humano age sob influência de sentimentos e preferências pessoais e afasta-se do que lhe é adverso, pelo que suas ações não são puras e as verdades que tem para si são frutos de uma inteligência afetada pelos sentimentos. Em suas palavras:

O intelecto humano não é luz pura, pois recebe influência da vontade e dos afetos, donde se poder [sic] gerar a ciência que se quer. Pois o homem se inclina a ter por verdade o que prefere. Em vista disso, rejeita as dificuldades, levado pela impaciência da investigação; a sobriedade, porque sofreia a esperança; os princípios supremos da natureza, em favor da superstição; a luz da experiência, em favor da arrogância e do orgulho, evitando parecer se ocupar de coisas vis e efêmeras; paradoxos, por respeito à opinião do vulgo. Enfim, inúmeras são as fórmulas pelas quais o sentimento, quase sempre imperceptivelmente, se insinua e afeta o intelecto. (BACON, 2002, p. 23-24).

Em razão disso, nota-se que o juiz possui uma parte sugestível por seu mundo interno, considerando as experiências de vida, que não só fazem parte do ser como também dos julgamentos, uma vez que é impossível desvincular-se da essência. De modo muitas vezes imperceptível, estas condições podem vir a modificar a maneira de pensar e emitir decisões, ainda que não perceba, ainda que se negue.

3.1 DA NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO À INTERPRETAÇÃO NO DIREITO

Em contraponto à proposta de Bacon, Streck (2014, p. 210) argumenta que, o sentido da norma não a acompanha desde a formação. Ele é construído a partir da aplicação ao caso concreto, advindo da chamada *applicatio*. O que se quer dizer é que não há uma resposta pronta para todas as questões; podem haver diversos significados para uma palavra, mas o sentido correto dela será encontrado na prática. A interpretação exercida, contudo, não ocorre por partes. “A compreensão – que é um existencial – já é *applicatio*, unindo as partes do todo. [...] A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica”.

Nesse meio, Streck (2013, p. 16) fala sobre o “giro-ontológico linguístico”, que traz uma nova constituição de sentido, passado da “filosofia da consciência” para a produção pela linguagem. É por meio dela que as relações se constituem. “Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo”.

Contudo, prossegue Streck (2014, p. 211), o intérprete das normas compreende o conteúdo já com a presença de preconcepções, observando-a com algumas expectativas. Consciente da existência de elementos pré-concebidos neste momento de compreensão, o intérprete deve “proteger-se contra o arbítrio das ideias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar ‘para as coisas mesmas’”.

Nas investigações de Multedo (2017, p. 89), esta acrescenta que superado o método de simples subsunção do fato à norma, “não significa carta branca para o magistrado decidir de acordo com suas concepções pessoais, invocando genericamente algum princípio constitucional que ele acredite

amparar a própria e individual versão de justiça”. Por este motivo é que se necessita da argumentação, baseada na aplicação da norma, que justifique tal posicionamento.

Sob esse aspecto, apresenta-se a necessidade de uma teoria da decisão, cuja função é controlar o solipsismo, para que os sentidos atribuídos não sejam arbitrários, segundo conceito particular. Devem, sim, serem argumentados, em consonância com a *accountability* defendida por Streck (2014), que significa, para o autor, fundamentação da fundamentação, no sentido de explicar a decisão tomada, pela compreensão que teve. O exercício da interpretação atribui um sentido ou significado à norma utilizada, mas se deve atentar ao fato que isso não coloca o intérprete acima da norma e respectivas acepções.

Desse modo, Streck (2014) reconhece que o ato de fundamentar não resolve o problema da decisão e suas razões, mas é o caminho para uma boa adequação da resposta à Constituição. Nesse sentido, não significa simplesmente a atribuição de uma “capa argumentativa”, mas o juiz deve,

explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. (STRECK, 2014, p. 303).

Em alusão aos ídolos, que afetam o estudo e a compreensão da natureza, Bacon (2002, p. 24) observa que “os maiores embaraços e extravagâncias do intelecto provêm da obtusidade, da incompetência e das falácias dos sentidos”. Consequentemente, os sentidos preponderam e limitam as percepções apenas ao que é visível, causando vagueza quanto aos elementos invisíveis.

O cuidado com a predominância das ideias estabelecidas pelos ídolos é necessário, uma vez que podem muito modificar os entendimentos e conclusões obtidos no momento dos estudos. Portanto, todo estudioso deve suspeitar das predileções selecionadas pela mente, que pode ser efeito das manipulações exercidas por esses fatores limitantes da exploração e do conhecimento. “Em vista disso, muito grande deve ser a precaução para que o intelecto se mantenha íntegro e puro”, segundo o entendimento de Bacon (2002, p. 27).

De forma semelhante, a observância e necessidade de limitação quanto às influências internas para o direito também deve ser destacada, a fim de distanciar os inconvenientes provocados pelos citados ídolos. Logo, estar-se-á evitando decisões baseadas no solipsismo, que se pautam apenas na própria realidade, juízos e predileções pessoais.

Nessa intenção, Tovar (2020, p. 178 e 179) contribui com o argumento de que o juiz, quando atua na tentativa de ser “justo” para proferir uma decisão “moralmente aceita”, utilizando-se de

elementos subjetivos, abandona a função concedida pelo Estado para se tornar um justiceiro. Todavia, esta posição decorreria de uma discricionariedade decisória, deixando de lado a letra da lei. Certamente, “o juiz que crê ser justo e decide por valores individuais, olvida os demais poderes, trabalha com incertezas e com critérios não-dotados de normatividade”.

Ainda, complementa Tovar (2020, p. 183): “Como bem leciona Dworkin, decisão deve se fundar em princípios, nunca em ‘moralismos’, políticas ou mesmo pragmatismos”. Destarte, para uma decisão constitucionalmente fundamentada é necessária a presença da *accountability*, “a partir de fundamentação coerente, íntegra, alicerçada em boa doutrina e precedentes, pois só aí o poder será limitado”, em conformidade com o artigo 93, IX, da Constituição, que preleciona o seguinte:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Como leciona Streck (2020, p. 68) os princípios são uma “tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo juspositivismo”, isto porque as regras não são autossuficientes, mas existem nelas as chamadas porosidades, o que impede a imediata subsunção ao fato. À vista disso, há lacunas que precisam ser preenchidas, sendo que os princípios muito auxiliam nesta interpretação e melhor compreensão da lei, além da estabilização e prática dos valores.

Deste modo, “o princípio funciona como um acentuado grau de ‘blindagem’ contra os desvios hermenêuticos (conveniências políticas, argumentos morais, etc.)”. Por outra via, caso os princípios sejam amplamente interpretados, ensejam o aumento da discricionariedade, resultando no “enfraquecimento da autonomia do direito diante de discursos ‘corretivos’”, de modo que preencherão lacunas com base em critérios pessoais (NUNES JUNIOR *et al.*, 2017, p. 16).

Nesse sentido, “por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consciência’ ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’” (STRECK, 2013, p. 20). Exemplo disto é o voto proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros em Agravo Regimental nos embargos de divergência em RESP nº 279.889/AL. Nele, o Ministro demonstra autonomia quanto à fundamentação das decisões, bastando, para tanto, a própria consciência. Nestes termos foi proferido:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. (...) Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (STJ, 2002, p. 12, grifo nosso).

Noutra oportunidade, tem-se a ementa do Habeas Corpus nº 94.826/SP, em que foi declarado o mesmo teor de raciocínio, sendo a consciência a baliza das decisões judiciais:

3. Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados. (STJ, 2008, p. 1, grifo nosso).

Em outro caso, neste mesmo Superior Tribunal de Justiça (2008), em julgamento do Habeas Corpus nº 83.923, tem-se a menção de que na divergência de laudos técnicos, o juiz pode fundamentar a decisão em qualquer deles, conforme o peso que sua consciência o atribuir, devido à soberania do magistrado na análise do material probatório.

Neste ponto, comenta Streck (2013, p. 25) que “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja”, não é o Tribunal quem define o sentido da norma, isso é o papel da doutrina. Apesar disso, na prática, a interpretação da lei, tal qual a produção de material probatório, ficam submetidos ao juízo, sendo incumbência das partes atuar efetivamente na constituição de uma certeza perante a consciência do juiz, buscando provar o alegado pelo convencimento. Sob outra ótica, há de se considerar que no ato da produção de provas demonstra-se necessária a oportunidade para o contraditório e a ampla defesa, observando-se a urgência e o caso concreto, do contrário, estar-se-ia abrindo espaço para a discricionariedade.

A partir do exposto, compreende-se que é notória a impossibilidade de o juiz afastar-se completamente de suas preconcepções, uma vez que, antes de ser juiz, é um ser humano composto por sentimentos e experiências próprias. Em decorrência disso, é necessário o esforço para que as decisões tomadas sejam voltadas aos elementos jurídicos e devidamente fundamentadas, prestando contas sobre o viés adotado, que o levou a decidir de tal forma, buscando a adequação das decisões, especialmente, à Constituição em vigência, desde 1988.

4 SOBRE RAZÃO E EMOÇÃO NO ATO DE JULGAR

Como introduzem Guilherme e Penteado Filho (2020), na visão de Kant, as condutas morais e jurídicas são frutos exclusivos da racionalidade humana, que permite a criação de normas reguladoras do convívio em sociedade, cuja lei é produto da razão, implantando valores como justiça e liberdade. O modelo visado afasta qualquer espécie de sentimento, no qual estão inseridos as emoções, estados mentais, resultantes das mudanças e reações ao meio, que orientam as condutas.

Em consequência disso, as emoções, “que tanto inspiram artistas, escritores, pintores e educadores, passam a ser individuais, maléficas, imprecisas e arbitrárias, e por isso uma clara ameaça ao bom andamento do sistema lógico mecânico jurídico tradicional de leis e subsunções de condutas” (GUILHERME e PENTEADO FILHO, 2020, p. 5). Indo além, Bacon (2002) defende a pureza do intelecto, o qual é prejudicado pela presença dos ídolos, condições internas do indivíduo que retardam o progresso do conhecimento científico. A respeito disso, declara que as opiniões antigas e anteriormente existentes são danosas em relação aos novos conhecimentos.

Desse modo, contribuindo para uma investigação dos preconceitos que se fazem presentes na mente humana e desvirtuam o verdadeiro conhecimento científico, Gadamer (1997) acrescenta que Bacon tinha o propósito de fazer uma limpeza do espírito, no intuito de proporcionar o uso da razão de uma maneira metódica. Por isso, a proposta apresentada consiste em abster-se das ideias pré-existentes para “estabelecer os graus de certeza, determinar o alcance exato dos sentidos e rejeitar, na maior parte dos casos, o labor da mente, calcado muito de perto sobre aqueles, abrindo e promovendo, assim, a nova e certa via da mente”. Portanto, visa como única alternativa para alinhar o verdadeiro processo do conhecimento científico uma espécie de “cura”, sendo necessária cautela em relação ao trabalho do intelecto em conjunto com os sentidos, como enuncia Bacon (2002, p. 7).

Por outro viés, Guilherme e Penteado Filho (2020, p. 5 e 6) destacam que, tradicionalmente, as emoções eram consideradas perigosas ao mundo jurídico, prevalecendo a razão e a lógica racional, impedindo a “emergência de conteúdos que agregassem princípios, valores e conceitos oriundos de campos mais reais como aquele no qual se situam os sentimentos humanos”. Contudo, pela utilização exclusiva da racionalidade para definir o direito, torna-se difícil a explicação de elementos como os costumes, a boa-fé, técnicas de conciliação e mediação para solucionar conflitos e fontes como doutrina e jurisprudência, que não se enquadram no “silogismo clássico do normativismo”.

Além disso, nenhum indivíduo se utiliza única e exclusivamente da razão. Em verdade, o sentimento antecede a razão e o pensamento consciente. “O direito, apesar de se apoiar em argumentos e métodos racionais, é uma disciplina social que sempre será impactada pelas emoções, paixões e sentimentos” (GUILHERME e PENTEADO FILHO, 2020, p. 8).

Em contrapartida, Tovar (2020) assevera que num Estado Democrático de Direito, não são vantajosos os subjetivismos, a base decisória em emoções, tampouco a discricionariedade. Isso pode acarretar em decisões arbitrárias e subordinar o jurisdicionado a opções pessoais e não é isso o significado de decisão democrática, mas sim a que apresenta justificativa e fundamentação.

À guisa de conclusão, na visão de Gadamer (1997), para o exercício da compreensão de um texto é necessário que o intérprete esteja mentalmente aberto à mensagem a ser transmitida, ou seja, não pode deixar que prevaleçam as preconcepções e juízos formados. Contudo, isso não significa que o indivíduo deva ser neutro, tampouco exercer um autocancelamento. O interlocutor apenas deve ter ciência de que as opiniões e conceitos prévios se fazem presentes, devendo mantê-las sob controle, para que consiga absorver a mensagem do texto individualmente para, após, compará-lo às próprias opiniões.

4.1 NEUTRALIDADE E IMPARCIALIDADE: UM ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

Tendo em conta a presença de posturas tendenciosas à defesa de um juiz neutro, demonstra-se válido colacionar algumas distinções que Pamplona Filho (2001, p. 2) faz entre neutralidade e imparcialidade. Um juiz com postura neutra é aquele que “julga sem paixão”, que não se envolve com o objeto analisado. No entanto, se a neutralidade é exigida, não há neutralidade, uma vez que, nesta escolha, uma posição já foi adotada com relação a isso.

A imparcialidade, por sua vez, é uma exigência para assegurar o devido processo legal, com a presença das garantias constitucionais, como o contraditório. Dessa maneira, no que diz respeito à possibilidade de o juiz ser neutro, Pamplona Filho se posiciona contrariamente, porque,

é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é uma [sic] dos aspectos fundamentais que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio "raciocínio" das máquinas computadorizadas (2001, p. 3).

Em complemento, Abreu *et al.* (2018, p. 673) caracterizam que a neutralidade seria um atributo do juiz, inerente a ele, no sentido de que se despe da bagagem histórica e características pessoais, tornando-se uma não-pessoa. Já a imparcialidade trata-se de uma postura necessária a ser adotada pelo juiz para que o processo seja exercido de maneira válida e legítima.

Por fim, acrescenta-se que “a neutralidade não implicaria simplesmente adotar-se uma postura, mas, antes, tornar-se um ser diferente ou, melhor ainda, um não-ser, sem história, sem personalidade, sem identidade”. À vista disso, questiona-se a real possibilidade de se adotar essa

conduta em qualquer ato da vida, em especial nos atos jurídicos, pois defende-se que “a própria ideia de neutralidade contrasta, à evidência, com a atividade de julgar” (ABREU *et al.*, 2018, p. 672 e 673).

4.2 DA POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO ENTRE AS DECISÕES JUDICIAIS E FATORES INTRÍNSECOS AO JULGADOR – O DIREITO A UMA RESPOSTA ADEQUADA

A decisão judicial, naturalmente, é tomada “sob o influxo de ideias e percepções conscientes e inconscientes, o que impediria ao juiz purificar o ato de decidir, eliminando totalmente quaisquer fatores externos ou mesmo sua influência no resultado do julgamento”, como acentuam Abreu *et al.* (2018, p. 666). Neste sentido, percebe-se que os fatores alheios aos fatos e fundamentos jurídicos do processo podem influenciar os vereditos, tendo em vista que, nesse momento, não é possível, ao juiz, desvincular-se de si mesmo, de bagagem histórica e da condição humana.

Em consonância a esse pensamento, complementam Guilherme e Penteado Filho (2020, p. 22) que a ciência jurídica tem como objetivo balizar as influências promovidas pelas emoções no ato decisório, mas não é possível a anulação total dos valores, experiências morais e culturais e da “carga emotiva do julgador”. Portanto, é errônea a ideia de que as decisões são tomadas por meio do silogismo, com exclusiva aplicação lógico-dedutiva, uma vez que o exercício e a interpretação do direito se mostram refletidos na constante ressignificação da experiência humana.

À vista disso, Abreu *et al.* (2018) salientam que a atividade é exercida pelo juiz como ato de cognição e de vontade. Inicialmente, o magistrado conhece os fatos e fundamentos, estuda as possíveis soluções para, na sequência, optar por aquela que lhe parece mais efetiva, determinando a norma a ser aplicada. Deste modo, os autores explanam o ato jurisdicional:

a decisão judicial se apresenta como ato de cognição e de vontade. Como ato de cognição, traduz-se no trabalho do juiz em conhecer os fatos, as provas e o direito aplicável para, em seguida, formular o raciocínio que lhe permitirá estabelecer as soluções possíveis para o problema jurídico apresentado pelas partes. Como ato de vontade, consistirá na opção definitivamente realizada entre aquelas possíveis e, simultaneamente, em sua aplicação ao caso, fixando a norma in concreto que o disciplinará, ativando os poderes do Estado para efetivá-la no mundo real. (ABREU *et al.*, 2018, p. 665).

A própria sentença, ato final do processo judicial, possui etimologia relacionada ao sentimento, cuja origem, em latim, provém dos termos “*sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*, que significa ‘sentir’”. Apesar disso, a sentença não é arbitrária em relação ao sentimento, mas é instruída, inclusive, por paradigmas racionais (GUILHERME e PENTEADO FILHO, 2020, p. 8).

Neste ponto, Streck (2013, p. 61) expõe uma crítica ao jargão sedimentado ao imaginário jurídico, de que “sentença vem de *sentire*”. Este tipo de pensamento causa uma relação entre os atos decisórios e as sensações de quem as profere, ou seja, abre margem para uma atuação solipsista, discricionária.

Dando seguimento, Nunes Junior *et al.* (2017) contraditam a tese de que o ato de interpretar no Direito seja um exercício voluntário, ou seja, a aplicação da vontade. O fato de o intérprete de uma norma poder atribuí-la um sentido, não significa que, na ausência de método para a correta interpretação, possa ser escolhido o sentido mais conveniente, o que caracteriza um ato de discricionariedade, filiado ao positivismo.

Já para Guilherme e Penteado Filho (2020), por vezes, a fim de se produzir elementos de convicção no processo, são necessárias técnicas ou disciplinas que transformam os sentimentos em dados jurídicos, por meio dos especialistas (peritos judiciais e assistentes técnicos). Por conseguinte, o trabalho realizado com emoções resulta em dados objetivos e técnicos, que auxiliam na construção da verdade e elaboração da decisão final. Temos como exemplo disso, os estudos psicossociais realizados no campo do direito de família, para averiguação das condições emocionais e sociais dos genitores que desejam a guarda dos filhos.

No entanto, há um necessário cuidado. A produção das provas julgadas necessárias ao processo não pode ser conduzida pelo magistrado consoante sua vontade, como uma construção da verdade no processo, pois isso seria uma atuação discricionária. Por isso, Streck (2013, p. 59 e 60) salienta que

[...] se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (sic), como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência, em que o sujeito “constrói” o objeto, mediante leis gerais do “espírito”). Ora, por trás desse “vício de origem” da “metodologia do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão teórica), que, não por acaso, é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico.

Como se pode observar, o ato praticado pelo juiz não é essencialmente puro e racional, já que além da observação dos fatos estritamente técnicos, fazem-se presentes os elementos invisíveis e intrínsecos ao ser, do inconsciente humano e dos sentimentos. No entanto, é preciso que o juiz se utilize desses elementos com ponderação, em homenagem à imparcialidade, conforme se observa.

Desse modo, Streck (2014, p. 301) sustenta que, tendo consciência da presença da subjetividade que é inerente ao ser humano que interpreta a norma e exerce a Hermenêutica, é preciso que haja métodos de verificação das decisões tomadas. Os significados dos textos nem sempre advém

da própria linguagem normativa, mas de uma “análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição”, sendo direito do cidadão obter uma resposta correta, mas não apenas isso, deve estar conforme a Carta Magna.

Por consequência, continua Streck (2014), tendo o juiz as próprias convicções e experiências de vida, as conclusões concernentes ao julgamento devem ser comedidas quanto ao subjetivismo e parcialidade. A fundamentação deve estar sustentada por argumentos jurídicos, com a participação das partes que podem exercer o contraditório e discutir os fatos do litígio, havendo, portanto, coerência entre a decisão e o caso julgado. Coerência e integridade são os princípios balizadores para fundamentação de uma decisão judicial e torná-la adequada à Constituição, por meio do exercício da *applicatio*. Nesse diapasão, tal exercício se dá pela utilização da Constituição, junto à doutrina e jurisprudência, uma dependente da outra (STRECK, 2011).

Nas abordagens de Multedo (2017, p. 88), esta expõe a importância de que, quando o juiz está “a atuar em terrenos próximos da moralidade, abraça uma moralidade laica, despida de valores pessoais ou religiosos”, atividade considerada difícil de ser executada, uma vez que determinados valores provenientes de uma cultura dominante são constituidores de um contexto social, em que juiz, como cidadão, igualmente está inserido. Neste impasse, demonstra-se a importância da presença de justificação nas decisões judiciais, as quais são filtradas pelo uso dos princípios, para assim se alcançar o devido rigor científico e viabilizar um controle externo para questionamentos das sentenças e posterior revisão pelas instâncias superiores.

Dado o exposto, discute-se quais seriam os meios para se alcançar uma resposta adequada, ou correta, no processo, com a finalidade de contribuir para a elaboração das melhores decisões do ponto de vista hermenêutico e constitucional. Nesse seguimento, Streck (2011, p. 591) explana que a resposta adequada ou correta é encontrada por meio da utilização de princípios, enquanto as regras apenas constituem a forma objetiva para alcance da solução dos conflitos. Em suas palavras, “A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* [...], logo, a Constituição só acontece como ‘concretização’”. Dessarte, quem está a interpretar a Constituição deve encontrar um “resultado constitucionalmente justo”, concretizando os preceitos.

Para ilustrar a forma de obter respostas corretas à luz da Hermenêutica Jurídica, Streck (2011) cita como exemplo um *hard case*, o Recurso Especial nº 418.376, em que foi aplicado pela primeira vez o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente e foi questionada a validade de um benefício da norma penal, contemplado no artigo 107, inciso VII do Código Penal, vigente à época. No caso citado, discutia-se a possibilidade de aplicação da extinção da punibilidade do réu que praticou crime de estupro, na hipótese de casamento com a vítima. Naquela situação, o crime havia sido praticado contra uma menina de 11 anos de idade, com quem o réu convivia concubinamente.

Dessa forma, para obter o benefício penal, foi buscada a equiparação e interpretação analógica da união estável ao casamento para fins de concessão do benefício de absolvição. Da análise deste julgamento, formaram-se três posicionamentos: o primeiro, favorável à interpretação analógica solicitada, extinguindo a punibilidade; o segundo, contra a concessão do *favor legis*, dadas as circunstâncias do fato e, por fim, a divergência suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, colocando em xeque a constitucionalidade do dispositivo penal, com fulcro no Princípio da Proibição da Proteção Deficiente, de forma que “nenhuma lei pode proteger de forma deficiente um direito fundamental” (STRECK, 2011, p. 596).

Neste contexto, o ministro argumentou que, caso fosse concedido o benefício da extinção da punibilidade, seria uma forma de proteção, pelo Estado, a um ato repudiado socialmente, o que caracterizaria a hipótese da proteção deficiente. Dessa maneira destaca-se:

A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental [...] Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente. (BRASIL. 2006, p. 688, 690 e 691).

Ressalta-se que, a tese extraída da obra de Streck (2011), quando se trata de buscar a sentença mais consonante com a realidade, levando em consideração os fatores de influência, como abordados outrora, é a de que, para se evitar uma decisão arbitrária, há o dever de motivação, da *accountability* nas decisões. É concomitante ao direito de obter respostas coerentes e adequadas à Constituição, também chamada de respostas hermeneuticamente corretas.

Por meio da fundamentação exposta nas decisões judiciais, são instituídos parâmetros para viabilizar a compreensão. Desta forma, ao estudar a fundamentação, é possível que se verifiquem os motivos que ensejaram determinado entendimento e escolha pelo juiz, intérprete das normas, “especialmente se os elementos extrajudiciais foram absorvidos por elementos normativos e se os valores referidos são sociais e culturais, em vez de pessoais” (MULTEDO, 2017, p. 91).

Além da exposição dos motivos, no intuito de se evitar uma decisão solipsista, é necessário que haja adequação ao texto constitucional, alcançado por meio da própria aplicação da norma ao caso concreto. Para Streck (2011, p. 619), uma “decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece como ‘concretização’”.

Contudo, não se trata de uma construção sistêmica de respostas definitivas, pois isso não permitiria a volatilidade necessária para adequação ao caso e ao tempo da decisão. Nesse sentido, Streck argumenta que uma decisão será adequada

na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação (2011, p. 620).

Isto posto, a almejada resposta correta é produto de uma construção democrática e um produto filosófico que ultrapassa a análise do sujeito-objeto, pois considera o contexto em que está inserido, buscando a conformidade com a Constituição Federal, assim podendo ser nela mesma confirmada, como reitera Streck (2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho de pesquisa, o ponto nevrálgico debatido foi o questionamento quanto à legitimidade na presença de elementos subjetivos, quando se tratam das decisões judiciais. Bem como, buscou-se eventual solução para tal cenário que pudesse ser apresentada pelos doutrinadores.

Em primeira hipótese, pensou-se não ser legítima a utilização ou presença da subjetividade. Neste ponto, qualquer influência interior seria apartada do ato decisório e distanciar-se-ia do sentimentalismo e do objeto julgado. Em vista disso, a decisão seria proferida, exclusivamente, com base na letra fria da lei e nas alegações e provas apresentadas no processo, aderindo a um posicionamento neutro.

Por outra via, levantou-se a hipótese de legitimidade, considerando que o juiz poderia pensar cada caso por uma ótica além da técnica, também com seu lado humano. Nesta senda, considerando que as decisões impactam diretamente inestimáveis bens como a vida e a liberdade de outras pessoas, não deve ser neutro, mas imparcial, buscando a melhor aplicação do direito ao caso concreto, sem deixar preponderar as íntimas convicções, julgando com razoabilidade e equilíbrio.

Por todo o exposto, no decorrer da pesquisa, foi possível compreender que o ato de julgar demanda uma série de elementos que, muitas vezes, não estão sob o controle do juiz. Neste cenário, há um grande desafio para este, isto é, proferir decisões que possam ser consideradas justas e não solipsistas.

Ademais, enfrentados os elementos de influência, explicados por autores como Bacon, passa-se à busca pela melhor fundamentação, estudada, especialmente, no trabalho realizado por Streck.

Neste ponto, apreende-se que a norma é *applicatio*, pois o sentido desta não vem pronto, mas é obtido por meio da prática. Outrossim, na aplicação da norma, está a *accountability*, o dever de explicar os motivos determinantes para a fundamentação.

Neste ínterim, utilizando-se de tais elementos, aliados ao estudo e aplicação dos preceitos constitucionais, estar-se-ia cada vez mais próximo de uma sentença adequada, ou seja, aquela embasada em princípios, com aplicação das normas corretamente interpretadas pelo exercício da Hermenêutica Jurídica e com o devido respeito e adequação às singularidades dos casos.

Em síntese, muito longe de ser um elemento mecânico da justiça que aplica a lei de maneira fria e inflexível, o juiz é um ser humano dotado de sentimentos, com a própria história, experiências e percepções. Antes de tudo, é um instrumento do Poder Judiciário que, justamente por ser dotado de tais características, é que tem a possibilidade de aplicar o conhecimento e técnica buscando a efetivação da justiça para aqueles que necessitam.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília. Vol. 8, n. 2, p. 661-687, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5243>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5243#:~:text=No%20passo%20seguinte%2C%20analisamos%2C%20como,de%20decis%C3%A3o%20judicial%20em%20determinadas>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BACON, Francis. **Novum Organum**. [S. l.]: Hogar del libro, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos embargos de divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL**. Processual - embargos de divergência - acórdão formado em agravo regimental - cabimento - CPC art. 557. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 14 de agosto de 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101540593&dt_publicacao=07/04/2003. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Habeas Corpus nº 94.826/SP**. Habeas corpus. Eca. Ato infracional equiparado a roubo circunstanciado. Emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Cometimento reiterado de ato infracional grave. Medida de internação por tempo indeterminado. Decisão devidamente fundamentada. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 17 de abril de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3854708&num_registro=200702728582&data=20080505&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 83.923/SP**. Habeas corpus. Ato infracional equiparado a roubo duplamente circunstanciado e extorsão mediante sequestro. Medida de internação. Reavaliação. Parecer técnico da FEBEN. Sugestão de progressão para liberdade assistida. Avaliação social de equipe técnica judicial. Recomendação de manutenção da medida mais gravosa. Permanência do adolescente em regime de internação. Alegação de falta de fundamentação. Princípio da persuasão racional. Ordem denegada. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 27 de março de 2008. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/HC_83923_SP_27.03.2008.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1631884164&Signature=LpRN04dKsK6J4yW%2F1o2j2D8AhmM%3D. Acesso em: 05 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418.376-5/MS**. Penal. Recurso Extraordinário. Estupro. Posterior convivência entre autor e vítima. Extinção da punibilidade com base no Art. 107, VII, do Código Penal. Inocorrência, no caso concreto. Absoluta incapacidade de autodeterminação da vítima, recurso desprovido. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 12 out. 2021.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo e Eduardo Jardim Novaes. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002. 160p. Título original: *La vérité et les formes juridiques*. ISBN 85-85936-7.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. Título original: *Warheit und Methode*. ISBN 85-326-1787-5.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo. ed. Unisinos, 1999. 360p. Título original: *Einführung in die philosophische Hermeneutik*. ISBN 85-7431-020-04.

GUILHERME, Thiago De Mello Azevedo.; PENTEADO FILHO, Hélio Negreiros. O princípio da imparcialidade do juiz e as emoções no direito: uma perspectiva histórica e a ressignificação possível. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, 2020, v. 13, nº 2, jul./dez. 2020.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017. ISBN 978-85-93741-11-1.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.*, (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II**: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. *E-book*. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/hermeneutica-constitucional_58edc52ebdbb0.pdf. Acesso em: 06 out. 2021.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2018. Título original: *Hermeneutics*. ISBN: 978-972-44-1961-9.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2052>. Acesso em: 2 jun. 2021.

PINTO, Gerson Neves. Michel Foucault – a verdade e as formas jurídicas – a descoberta grega da verdade racional através da prática jurisdicional. **REDES – Revista Eletrônica Direito E Sociedade**. Canoas, vol. 4, n. 2, 2016.

SANTOS, Raildes Pereira. **Os limites da interpretação jurídica**. Orientador: Nelson Saldanha. 2003. 187 f. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal de Recife, Ilhéus, 2003.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. Título original: *Understanding hermeneutics*. ISBN 987-85-326-4372-8.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. – 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial:** elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. [S.l.]: Jus Podivm, 2020.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Interpretação do Direito e teorias da verdade. **Revista Quaestio Iuris.** Rio de Janeiro, vol. 10, n.4, p. 2501-2520, 2017. DOI: 10.12957/rqi.2017.27941. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27941>. Acesso em: 24 mai. 2021.