

PÓS-POSITIVISMO E TEORIA DA DECISÃO: A RECEPÇÃO DO GIRO LINGÜÍSTICO-ONTOLÓGICO NO DIREITO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A SUPERAÇÃO DO SOLIPSISMO JUDICIAL

PÓS-POSITIVISMO Y TEORIA DE LA DECISIÓN: LA RECEPCIÓN DEL GIRO LINGÜÍSTICO-ONTOLÓGICO EN EL DERECHO COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD HACIA LA SUPERACIÓN DEL SOLIPSISMO JUDICIAL

Julia Lafayette Pereira¹
Jânia Maria Lopes Saldanha²

Resumo: O objetivo do trabalho propõe a interpretação dos princípios à luz da hermenêutica filosófica, como forma de reduzir o índice de decisões judiciais de caráter discricionário que permeiam o poder judiciário brasileiro. Para tanto, o trabalho discute o paradigma positivista abordando os elementos centrais da Teoria Pura do Direito kelseniana e o poder discricionário que ela delega ao juiz, permitindo que ele decida conforme a sua consciência. Kelsen entendia que cabia a ciência jurídica apenas encontrar os sentidos possíveis dentro da moldura da norma jurídica, e não encontrar uma resposta correta. Por isso, seu modelo instituiu o modelo discricionário, e as questões práticas ficam excluídas da possibilidade de conhecimento teórico. Discute-se o fato de a teoria kelseniana deitar raízes no paradigma da metafísica moderna. No cenário jurídico atual, os *princípios gerais do direito*, inadvertidamente denominados princípios constitucionais, desempenham função equivalente àquela desempenhada pela política jurídica kelseniana, que defendia ser a decisão um “ato de vontade do juiz”. Portanto, presencia-se a criação incontrolada de princípios que servem como verdadeiros álibes teóricos para os juízes decidirem como bem entendem. O artigo defende a reconciliação entre teoria e prática no direito, desempenhando a hermenêutica filosófica um papel essencial nesta missão. Nessa mudança de paradigma, proporcionada pelo giro lingüístico-ontológico, a linguagem deixa de ser instrumento. Os juízes, como sujeitos vinculados ao seu modo de ser-no-mundo, jamais partirão de um “grau zero de sentido”, uma vez que a pré-compreensão sempre se fará (previamente) presente. Assim sendo, cabe a eles pô-las à prova, por meio do círculo hermenêutico, tendo sempre em mente o papel que a Constituição desempenha no Estado Democrático de Direito, cujos princípios mais fundamentais, de acordo com Dworkin, são a coerência, a integridade (tradição) e o devido processo legal, conforme descrito na última parte. Este é um importante caminho rumo para a contenção do poder discricionário dos juízes nas decisões judiciais.

Palavras-chave: positivismo; solipsismo judicial; hermenêutica filosófica; teoria da decisão

¹ Mestranda em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Email: julialafayette@hotmail.com.

² Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Advogada. E-mail: janiasaldanha@gmail.com.

Resumen: Este estudio propone una interpretación hermenéutica-filosófica de los principios como una forma de reducir el poder discrecional de los jueces, escenario presente en el poder judicial brasileño. Para tanto, el trabajo analiza el paradigma positivista frente a los elementos básicos de la Teoría Pura del Derecho kelseniana, y la discreción que esta teoría delega al juez, lo que permite que ellos decidan conforme su conciencia. Según Kelsen, el papel de la ciencia jurídica consistía en sólo encontrar las respuestas posibles dentro de la moldura de las normas jurídicas, y no a encontrar apenas una respuesta (correcta). Por eso, su modelo establece el modelo discrecional, luego las cuestiones prácticas están excluidas de las posibilidades del conocimiento teórico. Se discute que las raíces de la teoría kelseniana se encuentran en el paradigma de la metafísica moderna. En el escenario jurídico actual, los principios generales del derecho, son indistintamente llamados de principios constitucionales, y ejercen una función equivalente a la ejercida por la política jurídica kelseniana, cuya principal función era la de legitimar la decisión como un "acto de voluntad del juez". Por lo tanto, se presencia la creación descontrolada de principios que sirven como verdaderos escudos teóricos para que los jueces decidan como mejor les parezca. El artículo defiende la reconciliación entre teoría y práctica en el derecho, desempeñando la hermenéutica filosófica un papel clave en esta misión. En este cambio de paradigma, proporcionado por el giro lingüístico-ontológico, el lenguaje deja de ser un instrumento. Los jueces, como sujetos vinculados al modo de ser en el mundo, jamás partirán de un "grado cero de sentido", ya que la pre-comprensión siempre estará presente (previamente). Por lo tanto, cabe a los jueces poner sus pre-comprensiones a prueba, mediante el círculo hermenéutico, siempre teniendo en cuenta el papel que juega la Constitución en el Estado Democrático de Derecho, cuyos principios más fundamentales, de acuerdo con Dworkin, son la coherencia, la integridad (tradición) y el debido proceso, tal como se describe en la última parte. Esta es una importante vía hacia la contención del poder discrecional de los jueces en las decisiones judiciales.

Palabras-clave: positivismo; solipsismo judicial; hermenéutica filosófica; teoría de la decisión

1. INTRODUÇÃO

Vive-se no atual cenário jurídico brasileiro um contexto de baixa constitucionalidade. Embora os juízes reconheçam o dever de fundamentar as decisões com base no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal Brasileira, de 1988, predomina no senso comum teórico dos juristas a idéia de que a decisão emana da consciência do julgador.

Por se entender que o solipsismo judicial é incompatível com o Estado Democrático e Social de Direito, o presente trabalho tem como intuito discutir as condições de possibilidade para uma teoria da decisão judicial à luz da hermenéutica filosófica, capaz de conter o poder discrecional/arbitrário do judiciário.

Para tanto, o artigo está dividido em três partes. Primeiramente, discutir-se-á a atual conjuntura do judiciário brasileiro, permeada pelo solipsismo judicial. Em seguida, o artigo

busca evidenciar que esta conjuntura está enraizada no positivismo kelseniano, imerso no paradigma do esquema sujeito-objeto.

Na segunda parte, serão trazidos os aportes da hermenêutica filosófica para a superação do poder discricionário do juiz. Destarte, serão discutidos os modelos metafísicos clássico e moderno, a importância do giro lingüístico-ontológico para a reconciliação da razão teórica e prática, bem como os desdobramentos que esta mudança de paradigma tem no Direito, sendo uma das vias capazes de conter o poder discricionário dos juízes.

Por último, será abordado o papel da tradição, da coerência e da integridade no direito, com o intuito de mostrar que tais elementos prestam relevante contributo para uma teoria da decisão judicial adequada à uma democracia constitucionalmente garantida.

2. É PRECISO REPENSAR O PARADIGMA POSITIVISTA: DISCRICIONARIEDADE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO.

Diante do paradigma do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil, instituído pela Constituição Federal de 1988, Streck (2010, p. 56) questiona por que devemos delegar aos juízes a função de apreciar discricionariamente as regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambigüidades, assim como, discricionariamente, apreciar os denominados *hard cases*³?

O que se percebe, no cenário do judiciário brasileiro atual, é o deslocamento da atribuição de sentido para a consciência do intérprete: em outras palavras, é ele quem passa a construir o seu próprio objeto de conhecimento (STRECK, 2010, p. 20). Partindo-se do pressuposto de que o “conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais”, não há como se “estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles”.

Os juízes, tanto mediante decisões monocráticas ou por meio de acórdãos nos tribunais, afirmam explicitamente estarem julgando “de acordo com a sua consciência”, ou de acordo com o seu “entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Isto para não dizer quando

³ Com o intuito de esclarecer de modo mais preciso o que significa a expressão *hard case* ou caso difícil, usada neste trabalho, segue a passagem da obra de Stephen Guest, dedicada ao estudo da teoria de Ronald Dworkin (GUEST, 2010, p. 163): “Dworkin popularizou a idéia de ‘caso difícil’ em um novo sentido. Em geral, seu uso do termo refere-se às questões enfrentadas por um juiz ou advogado que são contenciosas ou litigiosas. Especificamente, um caso difícil é uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes *determinantes* da questão”. Um bom exemplo é aquele de Herber Hart a respeito de uma provisão legal proibindo veículos no parque. Essa provisão legal também inclui a proibição de patins?” (GUEST, 2010, p. 163).

essa idéia vem escamoteada pelo argumento do poder discricionário dos juizes. Em artigos, livros, entrevistas e conferências, tal entendimento também é extremamente comum, o que denota que ele está fortemente arraigado no senso comum teórico dos juristas (STRECK, 2010, p. 20).

Ilustrativo é o conhecido voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, recorrentemente lembrado por Streck (2010, p. 24-25), que, no voto⁴, argumenta “não lhe importar o que pensam os doutrinadores”, pois ele assume a autoridade de sua jurisdição. Em seguida, expõe que os outros ministros “decidem assim porque pensam assim” e que cabe a doutrina se amoldar a tal entendimento. Por fim, argumenta que os ministros daquele tribunal não são “aprendizes de ninguém”.

Diante deste e de outros exemplos também trazidos nas obras de Streck, entre elas, “O que é isto – decido conforme minha consciência”, percebe-se que, passado o período de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos humanos, culminante com a consagração dos mesmos na Constituição, ainda retorna-se ao mesmo ponto de partida, qual seja, “*o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*” (STRECK, 2010, p. 56). Nessa esteira, continua o autor: “discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado” (STRECK, 2010, p. 56).

2.1. A SEPARAÇÃO ENTRE CIÊNCIA JURÍDICA E POLÍTICA JURÍDICA NO POSITIVISMO PÓS-EXEGÉTICO⁵ KELSENIANO: A INEXISTÊNCIA DE UMA RESPOSTA CORRETA PARA A TEORIA PURA DO DIREITO

⁴ AgReg em ERESP, n. 279.889-AL, STJ.

⁵ Visando evitar confusões que freqüentemente surgem acerca do positivismo, faz-se importante mencionar que o presente trabalho se reporta ao positivismo pós-exegético, mais especificamente aquele preconizado por Hans Kelsen. Nesse sentido, destaca-se que este modelo surge como proposta de superação do positivismo exegético, que defendia – essencialmente - o cumprimento da “letra fria da lei”, independente da repercussão extremamente negativa que aplicação da lei poderia ocasionar no mundo prático (STRECK, 2010, p. 80). Desse modo, separava-se o Direito da moral, de forma que não cabia ao juiz nenhuma apreciação valorativa acerca da aplicação do Direito, uma vez que a aplicação se baseava, essencialmente, no critério de subsunção da norma jurídica ao caso concreto. Isto é, se o caso concreto apresentasse todos os elementos exigidos pela norma jurídica, esta incidiria gerando sua respectiva consequência, ainda que tal consequência não fosse consoante com os valores morais da sociedade a qual esta norma se destinava (MELLO, 2003, p. 86). A proibição de o juiz interpretar a lei consagrou a expressão de Montesquieu do “juiz boca da lei”, pois a ele só cabia pronunciar o que nela estava expressamente escrito (STRECK, 2009b, p. 471). Esta concepção positivista se dá no contexto de rompimento com o Estado Absolutista, em que se buscava superar os autoritarismos e afirmar as liberdades, por isso, defendia-se que nada justificaria o descumprimento da lei. O modelo exegético foi eficiente em um primeiro momento, na medida em que conteve os autoritarismos monárquicos do antigo regime. No entanto, em um segundo momento, ele não mais se mostrou suficiente, uma vez que se constatou que a lei não previa tudo o que poderia acontecer no mundo dos fatos. Nesse sentido, o positivismo exegético foi adaptado, de forma a possibilitar que o aplicador do Direito passasse a preencher as “zonas de penumbra” normativa deixadas pelo legislador. Conforme Streck, neste positivismo, reconhecido como pós-exegético, o legislador tem absoluta discricionariedade (política) para criar o conteúdo das leis, o que consiste em uma discricionariedade de primeiro nível. Já o aplicador do Direito, tem uma discricionariedade de segundo nível, consistente na função de

Com base nisso, Streck (2010, p. 33) afirma que a doutrina aponta como caminho para a interpretação, a consciência e a convicção pessoal, servindo ambas como elementos norteadores da atividade judicial. Essa espécie de “metodologia” aparece de diversos modos, quais sejam:

a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio ‘*sentença como sentire*’; b) interpretação como fruto da subjetividade pessoal; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que os ‘casos difíceis se resolvem discricionariamente’; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcional(ria)m uma ‘abertura de sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete (STRECK, 2010, p. 33).

A partir da passagem transcrita, Streck, com razão, não exita em afirmar que vivenciamos um problema filosófico-paradigmático, pois predomina, em grande parcela do imaginário jurídico, o paradigma metafísico baseado no esquema sujeito-objeto (STRECK, 2010, p. 34). Por vezes, há uma “mixagem (ou sincretismo) de paradigmas inconciliáveis, como é o caso da ‘junção’ do paradigma metafísico-clássico (*adequatio intellectus et rei*) e a filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectus*)”, embora ainda prevaleça este último (STRECK, 2010, p. 34). Assim, Streck (2010, p. 56) menciona que o sujeito solipsista⁶, presente nas afirmações em que diz “decido conforme minha consciência”, por exemplo, é uma construção teórica que deita raízes no paradigma metafísico.

Tanto na metafísica clássica, como na metafísica moderna, razão teórica e razão prática estão cindidas e, nem Aristóteles, nem Kant, conseguiram determinar como razão teórica e razão prática se condicionam mutuamente⁷. Tal dualidade também está presente no

solucionar, nas palavras de Kelsen, as *lacunas* da lei, recorrendo aos *princípios gerais do Direito*, analogia e costumes – estes três legitimadores do poder discricionário do aplicador (STRECK, 2009b, p. 472).

⁶ Como define Streck (2010, p. 56), “esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* (“solipsista”, que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). É ele que se “encarrega” de fazer a “inquisição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, estabelecerá a partir de sua consciência. Isso exsurge, por exemplo, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do ‘livre convencimento do juiz’ e ou ‘livre apreciação da prova’ (para dizer o mínimo).

⁷ Conforme Streck (2010, p. 59), “relembremos: a razão prática nos vem desde a filosofia grega, quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela validade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado). Na primeira, está em jogo uma observação de uma determinada realidade, ao passo que, na segunda, tem-se o questionamento de uma ação concreta. Na modernidade, a problematização entre razão teórica e razão prática foi retomada por Kant em sua *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*. O que há de comum entre Kant e Aristóteles é que *em ambos não há uma barreira que*

direito, sendo a distinção entre *direito* e *moral* um problema central, responsável por gerar divisões/cisões com as quais a teoria do direito já não pode mais conviver.

Segundo Streck (2010, p. 59), “divisões/cisões entre faticidade-validade, moral-direito, teoria e prática” estão presentes nas teorias positivistas de direito, uma vez que tais teorias recusaram-se “a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito”, como escolhas, justificações, etc (STRECK, 2010, p. 61). Desse modo, a via alternativa foi a de fundar o direito em uma razão teórica pura, a ser estudado por critérios próprios a uma lógica formal rígida.

Desse modo,

para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo da teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (legislativo, executivo ou judicial). No fundo, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, sendo que as questões de validade seriam resolvidas por intermédio de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos, ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de idéias presente num contexto democrático o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico (STRECK, 2010, p. 61).

É somente no capítulo oitavo da obra *Teoria Pura do Direito* que Kelsen irá discutir a interpretação no direito (KELSEN, 2009, p. 387). Conforme o autor, quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, ele tem a necessidade de definir o sentido das normas a serem aplicadas, isto é, tem de interpretar estas normas. Dessa forma, a interpretação nada mais é do que uma “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir do escalão superior para um escalão inferior”.

Para o que interessa a este trabalho, na hipótese da interpretação de uma lei, deve-se saber qual o conteúdo a ser atribuído à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa. Estas normas serão deduzidas da “norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto” (KELSEN, 2009, p. 387).

Diante das indeterminações, intencionais ou não, do escalão inferior, constata-se possibilidades diversas à aplicação jurídica. Dessa forma, o ato jurídico a efetivar ou executar a norma geral pode corresponder a uma dentre tantas outras significações verbais da mesma norma. Pode corresponder à vontade do legislador (a ser determinada por qualquer forma que seja), à expressão pelo legislador escolhida, de forma que em caso de existirem duas normas

separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa.

conflitantes, escolha-se apenas uma delas, ou até mesmo, decidir que, por serem ambas as normas conflitantes, devem se anular entre si (KELSEN, 2009, p. 390).

Para Kelsen, o direito a ser aplicado nada mais é do que uma moldura, de modo que - dentro dos limites circunscritos por ela - existem várias possibilidades de aplicação. Todo ato que pertença ao espaço definido pela moldura, ou seja, que preencha qualquer “sentido possível” dentro da moldura, ou do quadro, será considerado conforme o Direito. Nesse contexto, Kelsen explica que, ao se entender por interpretação “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”, cabe à interpretação jurídica a determinação das várias possibilidades de sentido que existem dentro do quadro, ou moldura (KELSEN, 2009, p. 390).

Por isso, de acordo com Kelsen, a interpretação de uma lei não conduz, necessariamente, a uma única solução, sendo tal solução a única correta. A interpretação, possivelmente, conduzirá a várias soluções. Na medida em que todas elas sejam aferidas da lei a aplicar, elas tem o mesmo valor, embora somente uma delas torne-se direito positivo no ato do órgão aplicador do direito, ou do tribunal, mais precisamente.

Nessa esteira, para Kelsen, a circunstância de uma decisão judicial estar fundada na lei significa nada mais do que tal decisão estar contida na moldura da lei. Portanto, ela não é “a norma individual”, mas “*uma* das normas individuais” que foram possíveis dentro das possibilidades situadas no interior dos limites da moldura (KELSEN, 2009, p. 390-391). Kelsen explica que “a questão de saber qual é – dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a solução ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo” (KELSEN, 2009, p. 392). Esse problema não diz respeito à teoria do Direito, mas sim à política do Direito.

Desse modo, ir além da fixação da moldura dentro da qual o ato a ser aplicado tem de se manter, excede o campo de conhecimento do direito positivo. A atividade cognoscitiva que vai além da identificação da moldura, que passe para o campo da criação jurídica, pode ter incidência nas normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que, geralmente, são reconhecidos por expressões como bem comum, interesse do Estado, progresso, entre outros (KELSEN, 2009, p. 393).

Assim, de acordo com a teoria kelseniana, do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade da produção dos atos jurídicos, pois são determinações que não decorrem do próprio direito positivo. Relativamente ao Direito positivo, a produção do ato jurídico dentro da moldura é livre, ou seja, é criado de acordo com a livre apreciação do órgão competente para produzir tal ato (KELSEN, 2009, p. 390). Por

outro lado, a produção do ato não poderia ser livremente apreciada, caso o Direito positivo “delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc”. No entanto, Kelsen ressalta que, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo” (KELSEN, 2009, p. 390-391)

Destarte, Kelsen diferencia a interpretação jurídica realizada pela ciência jurídica e aquela realizada pelos órgãos jurídicos: “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica” (KELSEN, 2009, p. 395). Diante disso, a interpretação jurídico-científica consiste apenas em estabelecer as significações possíveis de uma determinada norma jurídica. Assim, ciente do papel que lhe cabe, ela não deve tomar qualquer decisão em relação às possibilidades reveladas. Tal decisão cabe ao órgão jurídico que, amparado no seu poder criador do direito, escolherá uma dentre todas as possibilidades.

Portanto, um advogado que, imbuído no interesse do seu constituinte, defende apenas uma das significações possíveis da norma jurídica no tribunal, está a exercer uma função jurídico-política (ou de política jurídica) e não jurídico-científica (KELSEN, 2009, p. 396). Ele assim procede com o intuito de influenciar a criação do Direito, o que não pode ser confundido com uma atitude “em nome da ciência jurídica”.

Não se pode negar que a fixação de uma univocidade nas normas jurídicas apresenta vantagens do ponto de vista político, ou de certa posição política. Porém, para Kelsen (2009, p. 396), nenhuma espécie de vantagem política pode justificar “que se faça uso desta ficção” no estudo científico do direito positivo, defendendo-se que certa interpretação seja a correta, “de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico”. Ao se fazer isso, apresenta-se falsamente uma verdade científica o que é, na verdade, apenas um juízo de valor político.

2.2. A PERMANÊNCIA DO PARADIGMA DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO NO POSITIVISMO PÓS-EXEGÉTICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO

A partir dos aportes kelsenianos trazidos acima, percebe-se que a pretensão das teorias positivistas consistia em “oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento do direito” (STRECK, 2010, p. 61). Streck diz, portanto, que as teorias positivistas apostam em uma “racionalidade teórica asfíxiante”, pois deixam de fora

todo o contexto prático, do qual as questões jurídicas haviam surgido. Nesse rol inclui-se a Teoria Pura de Kelsen, um dos principais expoentes do positivismo normativista (e não do positivismo exegético, nunca é demais lembrar).

Nesse contexto, importante é a passagem do livro em que Streck (2010, p. 61) afirma que

o positivismo atinge o seu desiderato – repito, nas suas mais diversas manifestações – *quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto*, ou seja, quando transforma a lei em uma razão autônoma (mesmo quando, nas posturas realistas, considera as decisões judiciais como o modo privilegiado de manifestação do direito).

A racionalidade teórica, também denominada como autônoma, permitiu e ainda permite que o direito seja compreendido na sua “autônoma” objetividade. Os fatos sociais, conflitos, ou a faticidade, em síntese, não pertencem às preocupações da teoria do direito. E, em decorrência disto, Streck (2010, p. 62) explica que a dissociação entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política ocasionou uma babel que ainda vivenciamos.

Kelsen, um pessimista moral, apostava na moral relativista, como elucidada Streck (2010, p. 62). Devido à circunstância de não haver uma moral absoluta - válida e vigente para todas as civilizações que habitam o espaço e “por todos os tempos” - apta a servir de parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas, a vinculação do direito à moral apresenta-se problemático. Por não haver uma Moral única, ou “a” Moral, e sim sistemas morais diversos e incompatíveis entre si, Kelsen afirmava ser impossível avaliar os conteúdos morais expressos nas condutas dos indivíduos.

A única coisa certa, portanto, é que todos os sistemas morais, de modo análogo aos sistemas jurídicos, mantém a mesma forma, ou seja, o seu caráter de *norma*. Assim sendo, “a forma é estudada, segundo os postulados kelsenianos, pela ética; ao passo que a forma do direito é responsabilidade da ciência jurídica” (STRECK, 2010, p. 62). Convicto de que não havia possibilidade de “*fazer ciência sobre uma casuística razão prática*”, tudo o que é compreendido pela faticidade é ignorado pela teoria pura do direito kelseniana. Para ele, o essencial era produzir algo que pudesse ser cientificamente analisado, como explica Streck.

Destarte, Kelsen desloca o problema da razão prática para o momento da aplicação do Direito, de modo que a mesma deve ser apreciada livremente pelo juiz (STRECK, 2010, p 56). Nesse sentido, Streck argumenta que

esse saber operacional permanece calcado exatamente na “hipótese positivista” ou “fator discricionário”: quando a razão teórica não consegue responder todas as perguntas – que, abstratamente, são feitas antes da aplicação porque ainda cindem interpretação – aplicação – delega-se o poder de “colmatar o sistema” paradoxalmente àquilo que o positivismo queria “isolar”, a razão prática que, como sabemos, vem “eivada” de subjetividade (STRECK, 2010, p. 67).

O pensamento de que “processo/procedimento interpretativo” possibilita que o órgão aplicador da norma chegue ao “exato sentido da norma”, ao “verdadeiro significado – semântico – do vocábulo”, mediante uma “subjetividade instauradora do mundo”, permite que se chegue ao exato sentido apenas abstratamente, pois, quando confrontadas com os casos concretos, as respostas podem ser variadas. Streck (2010, p. 68) atenta para o fato de que os positivistas não conseguem entender que “*é na abstratidade das regras que os sentidos podem ser múltiplos*, em face da ‘porosidade das regras’”. E aí está erro, pois é impossível atribuir sentidos em abstrato, pois não se pode separar fato e direito, nem interpretação e aplicação. Quando for abordado o papel do giro lingüístico-ontológico no direito, esta questão ficará mais bem esclarecida.

É nesta conjuntura que se pode perceber o equívoco do positivismo ao apostar no arbítrio do órgão julgador no momento da decisão, pois – sabendo-se que este paradigma considera a decisão um ato de vontade, e que ela manifesta a razão prática - constata-se que “ela fica fora das possibilidades do conhecimento teórico”. Isto ocorre porque o paradigma filosófico no qual o positivismo está assentado “*não consegue* apresentar uma solução satisfatória para a dicotomia ‘razão teórica-razão prática’” (STRECK, 2010, p. 63).

As súmulas vinculantes são exemplos da permanência das posturas metafísicas no direito brasileiro. Streck menciona que elas consagram o “mito do dado” (característica própria da metafísica clássica), acreditando que cada coisa tem uma essência. Nesse paradigma (metafísica clássica), acredita-se que o intérprete seja capaz “de extrair da coisa sua essência, transportando-a para sua mente, formando o conceito daquela coisa” (STRECK, 2009b, p. 27). Assim, toda a vez que “o intérprete pensa sobre essa coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal. Isto ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade”.

É por isso que Streck (2009b, p. 27) afirma que, diante das súmulas, “há um algo que é ‘dado a nossa mente’”. Melhor explicando-se: é como se os enunciados sumulares carregassem a substância (essência) dos casos. A essência (substância) transporta-se para a mente do intérprete e, a partir daí, ele transforma a essência (caso) em um conceito (súmula),

que passa a ser o “dado” (STRECK, 2009b, p. 27). Destarte, o intérprete passa a ser assujeitado pelo conceito de caráter universal. O mesmo pode-se pensar da aplicação da repercussão geral pelo STF da nova Lei dos Recursos 11.672, pelo STJ.

O fenômeno do panprincipiologismo⁸, cujas raízes emanam do positivismo normativista, próprio da metafísica moderna, também denuncia a permanência do paradigma do esquema sujeito-objeto em *Terrae Brasilis. Os princípios gerais do direito*, aleatoriamente também reconhecidos como princípios constitucionais, desempenham a mesma função da política jurídica kelseniana, qual seja: a de legitimar o poder discricionário do juiz. E assim o paradigma da “filosofia da consciência” está instaurado.

Este paradigma, legatário da metafísica moderna, centra-se na concepção da linguagem como instrumento para a transmissão dos pensamentos adquiridos em uma etapa pré-linguística, sem se pensar na linguagem como condição de possibilidade para o conhecimento dos objetos. Ao deslocar a posição cimeira da essência dos objetos para a mente do sujeito, assujeitando-se o objeto, este modelo transforma o essencialismo do esquema sujeito-objeto da metafísica clássica.

Tal paradigma – arraigado na filosofia da consciência - predomina desde o século XX até os dias atuais, principalmente no Direito, no qual hoje surge fortalecido. Os juristas, à luz deste modelo, assujeitam o texto jurídico a sua consciência, conferindo ao texto o sentido que lhes pareça mais oportuno diante do que livremente pensam ser o adequado à solução do caso concreto. Desconsidera-se a força da Constituição em benefício da consciência do juiz.

A partir dessa tese, infere-se que a teoria positivista como um todo, em lugar de discutir as indeterminações do Direito na solução dos “casos difíceis”, eximiu-se de discutilas e as delegou aos juízes, permitindo que decidam solipsisticamente. E é por isso que tem razão Streck (2010, p. 54) quando afirma que “em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que a ‘convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’”.

Os dualismos metafísicos, porque presentes no âmago da teoria positivista, não serão superados de outra forma que não seja a partir de um paradigma que proponha a

⁸ Referindo ao fenômeno do panprincipiologismo, Streck afirma: “‘Positivaram-se os valores’”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação ‘criação’ (sic), em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’ (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem” (STRECK, 2009b, p. 476). Nessa direção, é criada uma infinidade de princípios sem se observar a história institucional dos mesmos, como será mais bem explicado adiante. Entre tais princípios, alguns seguem transcritos: princípio da simetria, princípio da efetividade da Constituição, princípio da efetividade fechada, princípio da derrota, princípio da paternidade responsável, etc.

descontinuidade com o vigente⁹ e não dissocie a razão teórica (abstrata) da razão prática (cotidiana, histórica): é neste contexto em que se desenvolverá o segundo capítulo do presente trabalho, evidenciando-se, primeiramente, o papel da linguagem como instituidora do mundo prático no direito.

3. RUMO AO PÓS-POSITIVISMO: O PAPEL DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA CONTENÇÃO DO SOLIPSISMO JUDICIAL

É na filosofia da linguagem que se rompe com a filosofia da consciência. Na filosofia da consciência, o conhecimento do mundo não acontece pela linguagem, mas sim a partir de uma instância pré-linguística: a linguagem serve apenas como instrumento para traduzir o conhecimento já adquirido. Já na filosofia da linguagem, ela assume importância central, uma vez que passa a ser condição de possibilidade para o conhecimento (STRECK, 2009a, p. 145).

Nesse contexto, a concepção de que o conhecimento pode ser adquirido diretamente, sem intermédio da linguagem, é abandonado e passa-se a acreditar na impossibilidade de se colocar fora da linguagem ou dispensá-la para se obter conhecimento (STRECK, 2009a, p. 164). Em outras palavras, passa-se a entender que a realidade só pode ser apreendida a partir de uma descrição linguística.

Gadamer (2002, p. 216) menciona que a idéia de que toda a compreensão é linguagem parece bastante provocativa, pois basta que nós observemos ao nosso redor e as nossas próprias experiências para que nos deparemos com uma série de exemplos que parecem nos dizer o contrário. Contudo, Gadamer (2002, p. 217) questiona:

mas o que dizer de outros fenômenos apontados pela própria linguagem como, por exemplo, ‘o assombro que nos deixa estupefatos’, ou o ‘assombro que nos deixa mudos?’ Podemos dizer que são fenômenos que nos deixam sem fala. Diante deles a linguagem nos falta porque brilham com tamanha grandeza diante de nossos olhos admirados, que não haveria palavras suficientes para apreendê-los. Mas não seria muita ousadia querer afirmar ainda que o ficar sem fala seria uma forma de estrutura da linguagem? Não será uma tal afirmação mais um dogmatismo absurdo de filósofos que sempre de novo insistem e teimam em virar de cabeça para baixo as coisas que estão bem como estão? Mas ficar sem fala não significa querer *tanto* dizer alguma coisa que nem se sabe por onde começar? A *negação* da linguagem

⁹ Nesse sentido, Streck (2009b, p. 394): “como contraponto, proponho a “tese de descontinuidade” – que penso ser a mais adequada – pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito (...) e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem um dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever da resposta correta, correlato ao dever de resposta correta que venho defendendo”.

testemunha sua *capacidade* de buscar expressão para *tudo*. Ademais, dizer que alguém fica sem fala é propriamente um modo de dizer – e um modo tal que com ele estamos apenas começando a dizer, e não finalizando.

Streck afirma que o intento de Platão “de ir da aparência à natureza intrínseca da realidade é vã”. Depois, segue dizendo que há sempre uma “barreira entre nós e ela, um véu de aparências, produzido pela interação do sujeito e do objeto, entre a constituição de nossos órgãos sensoriais ou nossas mentes e a maneira em que as coisas se dão em si mesmas” (STRECK, 2009a, p. 164-165).

Para Herder e Humboldt, esta barreira é constituída pela linguagem, pois sugerem que ela pode conferir características aos objetos que não lhe são intrínsecas, ao contrário do que queria fazer crer o essencialismo platônico. Os autores defendem que as coisas somente podem ser compreendidas quando em relação com outras coisas. Dessa forma, a tese de que os órgãos sensoriais possibilitam a apreensão da essência das coisas é irreal, pois eles mesmos podem manipular o objeto (STRECK, 2009a, p. 164-165).

Ainda, as posturas antimetafísicas¹⁰ convergem no sentido de que a linguagem é uma construção social. Tal constatação é relevante em vista de que, por ser socialmente construída, ela reflete os anseios da comunidade, das necessidades sociais desta. Por isso, o “nosso conhecimento é conhecimento a partir de descrições que resultam adequadas para nossos propósitos sociais correntes” (STRECK, 2009a, p. 164).

Wittgenstein, na sua segunda fase, pensando proximamente a Heidegger, afirma que o ser só se dá na linguagem. Assim, nega as essências, a relação natural entre nome e objeto. Em linhas gerais, nega a exatidão da linguagem e assume a indeterminação desta. Argumenta que o ideal de exatidão é impossível, uma vez que os sentidos se dão de acordo com o espaço intersubjetivo e no seu contexto socioprático. Para este autor, as palavras são ambíguas e, por isso, não tem um sentido definitivo, sendo, assim, um equívoco da filosofia dar sentido a expressões isolando-as do contexto em que foram proferidas (STRECK, 2009a, p. 170-171).

Compreende-se, assim, o papel da linguagem através das seguintes premissas: a) o conhecimento ocorre na linguagem, tendo, inclusive o discurso científico, natureza lingüística; b) o mundo surge a partir da linguagem, pois é por meio dela que desvelamos o mundo, vendo-o enquanto mundo; c) é na linguagem que o sujeito surge, aparece e ocorre, porque fala, comunica-se e é compreendido em uma comunidade de usuários; d) a linguagem não tem um papel somente representativo, declarativo, demonstrativo, mas também

¹⁰ Entre as posturas antimetafísicas, destacam-se a existencialista, a desconstrucionista, a holista, a pragmática, a pós-estruturalista, a pós-modernista e a hermenêutica.

realizador, uma vez que conecta a linguagem a prática e vice-versa; e) ela dá sentido, em virtude de trazer consigo componentes significativos para uma determinada comunidade de usuários, além de possibilitar a existência de outros mundos quando dá novos sentidos (STRECK, 2009a, p. 177-178).

Desse modo, rompe-se com os dualismos metafísicos que cindem sujeito e objeto: nega-se a entificação do conhecimento, assim como a subjetividade assujeitadora. O Direito passa à intersubjetividade, esquema sujeito-sujeito, a partir de uma linguagem que ocorre através de um discurso intersubjetivamente válido. Nestes termos, não se busca as verdades eternas, atemporais, como queria a metafísica, uma vez que o Direito assume sua finitude (STRECK, 2009a, p. 180).

3.1. A IMPORTÂNCIA DA RECEPÇÃO DO GIRO LINGÜÍSTICO- ONTOLÓGICO: A RECONCILIAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Nesse sentido, é sempre importante ter-se em mente que a viragem lingüística ontológica não é a morte do sujeito, mas sim a morte do sujeito desvinculado da sua condição de ser-no-mundo movendo-se arbitrariamente a partir de um “grau zero de significação”. Assim, a linguagem - vista como totalidade, pois é ela que permite o acesso ao mundo (enquanto mundo) - passa a exercer papel fundamental na filosofia¹¹.

De acordo com Stein (1996, p. 36), “na filosofia hermenêutica, a idéia de representação, a idéia de consciência, a idéia de sujeito que pensa tal e tal coisa retrocede ao segundo plano ou desaparece”. Desse modo, o que emerge é um universo de metáforas, conforme denominado pelo autor, provenientes da tradição histórica ou literária. Nesse norte, trabalha-se com a idéia de que o sentido nem sempre é verdadeiro, mas já é dado ao indivíduo pertencente a uma comunidade, e a partir desse universo de sentido, ele se move. Por exemplo: dizer que a árvore é de ferro, pode não ser uma afirmação verdadeira, mas nela há sentido.

Rompe-se com verdades absolutas, tanto matemáticas como teleológicas, e o universo da verdade passa a ser estabelecido conforme certos padrões finitos, formando uma espécie de

¹¹ “Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição e este modo de compreender é exatamente este como que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico algo enquanto algo, algo como algo. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore. Isto é mediação do significado.” (STRECK, 2009a, p. 179).

“reino do meio”, como afirma Stein. Com isso, importante é a seguinte passagem da sua obra, quando versa a respeito da dificuldade de se entender o universo de metáforas para aqueles ainda vinculados ao paradigma metafísico:

foi uma conquista muito dura, porque a linguagem ou era chamada imperfeita por não ser uma linguagem do saber absoluto, da verdade absoluta – ou então imperfeita por não ser uma linguagem logicamente estabelecida conforme padrões de contexto de referência, fechados, etc, com base num universo de axiomas que poderiam ser apresentados como ponto de partida seguro da verdade (STEIN, 1996, p. 37).

Dessa maneira, supera-se o universo das ontologias, estas entendidas como teorias que conferem sentido definitivo às coisas. No universo hermenêutico e das teorias do sentido, não se trabalha com realidades ontológicas, de acordo com um mundo ideal, irreal, mas sim com as realidades fáticas e históricas inerentes a uma determinada cultura (STEIN, 1996, p. 39). Para a hermenêutica, não há proposição feita a partir do vácuo, pois o sujeito está sempre mergulhado em suas condições históricas e culturais, não há como se distanciar disso. Sendo assim, não existe proposição que não seja passível de interpretação (STEIN, 1996, p. 43).

Em decorrência do surgimento de interpretações diversas, é necessário que se esclareçam as razões pelas quais se diverge, demonstrando os caminhos, ou seja, os métodos que levam às diferentes interpretações. Nessa baila, tendo-se em vista que existirão caminhos (métodos) diversos, surge a concepção da não existência de apenas um método para mostrar a verdade, mas sim de vários.

Citando a obra *Verdade e Método* de Gadamer, Stein expõe que o autor busca a verdade não pelo método - destacando, entre eles, o método indutivo e o dedutivo. Gadamer argumenta que o nível da experiência da arte, o nível do conhecimento histórico e o nível da linguagem constituem três verdades não dadas pelo método lógico-semântico/analítico. Dessa forma, Stein explicita que a obra se trata, na verdade, de *verdade contra o método*, em que tal questão é tratada a partir da perspectiva hermenêutico-filosófica (STEIN, 1996, p. 44).

Nesse passo, Gadamer, utilizando-se principalmente dos ensinamentos do segundo Heidegger, “pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica” (STRECK, 2009a, p. 195). Heidegger afirma que, na estrutura do homem, existe o elemento da compreensão, que engloba o seu modo de ser-no-mundo – *Dasein* ou estar-aí (STEIN, 1996, p. 45). É a partir desse elemento de compreensão que ele constrói tudo aquilo que chama de interpretação.

Com base nisso, constata-se que nenhuma interpretação poderá estar desvinculada do modo de ser-no-mundo do intérprete, nenhuma interpretação partirá do vácuo. Em síntese, “há

uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação” e, por isso, o intérprete não estabelece uma relação subjetiva individual com o objeto. Contrariamente, ele interpreta a partir de um contexto intersubjetivo, do seu modo de ser-no-mundo.

Destarte, o sentido do ser de um ente já é dado na pré-compreensão. Heidegger afirma que o *Dasein* constitui a condição de possibilidade para se descobrir o ente que está inserido no mundo, “no modo de ser da prestabilidade. Daí que para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados” (STRECK, 2009a, p. 198).

Segundo Stein (2008, p. 115), no momento em que “Heidegger introduz um ente privilegiado, o *Dasein*, aparece um novo nível de problematização do ser”. Assim, o *ser* não consiste em algo isolado a ser conhecido, pois ele passa a ser uma condição essencial que possibilita o conhecimento humano. Ao *Dasein* é possível conhecer o *ser*, e, só por isso, acessar os entes, portanto. De acordo com Stein (2008, p. 115), a possibilidade de o *Dasein* compreender o ser é o que torna possível o conhecimento. Se não o pudesse, tudo permaneceria opaco. Compreendo os entes pelo ser, o *Dasein* também se compreende como ente. Mais que isso: compreende o ser porque compreende a si mesmo e se compreende porque compreende o ser.

Não se estabelece, pois, uma relação direta com o objeto em que o homem lhe dá um significado e uma função. Contrariamente, o homem já possui, na sua totalidade de significados, na sua pré-compreensão, os seus pré-juízos que o guiam na descoberta das coisas. Nesse sentido, Streck (2009a, p. 201) argumenta que o estar-aí já está sempre em relação com o mundo, por isso, não há motivos para a distinção entre sujeito e objeto.

Com isso:

o fundamento do compreender é o próprio homem. Compreender é uma estrutura do *Dasein*, é uma estrutura do ser-aí, é uma estrutura do homem, e que é preciso entender a estrutura do compreender. Na medida em que o compreender se explicita, ele é interpretado. De tal maneira que o interpretar é expor, é o desdobrar das próprias possibilidades. Desse modo, para Heidegger, *o ser humano é um ser para possibilidades, e, portanto, um ver a compreensão como uma estrutura antecipadora.*

Na hermenêutica filosófica, o compreender só se dá a partir do ser-no-mundo, assim como o acesso ao mundo, só se dá pela linguagem.

Retomando-se o que foi acima dito a respeito do ser do ente, na hermenêutica-filosófica, o ser do ente se manifestará como fenômeno da pré-compreensão. Superado o paradigma metafísico, o ser não é mais o ente, abandona-se a entificação do ser, como

constantemente criticou Heidegger (STRECK, 2009a, p. 126). Nesse sentido, a hermenêutica heideggeriana leva “o ser do ente a se manifestar como fenômeno, sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser”.

A ontologia estará preocupada com o sentido dos entes, o que se opõe à metafísica clássica e moderna, que tratava o ente como ente (a-histórico, transcendental), sem se pensar no ser como sentido do ente. Com isso, esclarece-se a questão que o homem não acessa os objetos puros em si, mas sim dando-lhes uma função, um sentido. Desse modo, não se encontra a verdade pelo método, e sim pela clareira do ser, que desvela o ente, nas expressões de Heidegger¹². No desvelamento do ente, desvela-se o ser (STRECK, 2009a, p. 205-206).

Versando acerca da compreensão fenomenológica de Heidegger, Stein explica que o autor se lança aos fenômenos, às coisas mesmas, desvelando como elas se mostram. No entanto, esclarece que tal compreensão não retorna às coisas mesmas como coisa em si, ele não mais descreve a essência, porém sim a existência do ser (STEIN, 2002, p. 180).

“A compreensão do ser nos leva a um caminho de duas mãos: o ser é, pela compreensão, a possibilidade de acesso ao ente, pois sem compreensão não há ente” (STEIN, 2008, p. 115-116). Só é possível acessar os entes porque o *Dasein* compreende o ser, e não em razão de algum fundamento que permita o conhecimento dos entes.

Compreende-se que o ser sempre será o ser de um ente, assim como o ente será descoberto, des-velado na surgência do ser, com base no ser-no-mundo. Assim sendo, verdade ôntica e ontológica remetem uma a outra diferentemente: ao ente em seu ser e ao ser do ente, conforme explica Streck (2009a, p. 206). Segundo Stein (2002, p. 180), “o aí (*Da*) será a essência do ser-aí, mas esse, modalizado pela compreensão do ser”. Segundo Stein (2008, p. 116):

o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. Ela, todavia, não é simples circularidade (no conhecimento, na lógica), mas uma circularidade que se dá pela compreensão. É, portanto, uma circularidade hermenêutica. O ser não funda o ente, nem qualquer ente funda o ser. A recíproca relação entre ser e ente somente se dá porque há o *Dasein* – isto é, porque há compreensão.

Heidegger, assim, desloca a “fenomenologia da consciência” para a “fenomenologia do *Dasein*”, o que significou mais que uma mudança de objeto, mas sim uma transformação

¹² “Verdade será, assim, des-velamento, des-ocultação (*alétheia* = isto aí que foi arrancado da ocultação). O des-velamento do ser é o que primariamente possibilita o grau de revelação do ente. A verdade (descoberta) deve sempre ser arrancada primeiramente dos entes. *O ente é retirado de velamento. Esse des-velamento ocorre na clareira do ser.* A proposição é verdadeira significa deixar ver o ente em seu ser e estar des-coberto” (STRECK, 2009a, p. 205-206).

do conceito de fenomenologia, com isso, fundando a fenomenologia hermenêutica (STEIN, 2002, p. 184).

3.2. OS DESDOBRAMENTOS DO GIRO LINGUÍSTICO-ONTOLÓGICO NO DIREITO

Tendo-se em vista que interpretar é dar sentido, importa sempre ter-se em mente que a atribuição de sentido ocorre através da compreensão, fruto do nosso modo de ser-no-mundo¹³. A partir disso, contata-se que os sentidos não flutuam sobre os entes, nem estão encarcerados nos objetos, como querem os modelos da subjetividade assujeitadora ou o modelo essencialista, respectivamente¹⁴.

Por isso, é preciso saber que não há um sentido escondido dentro de uma norma/texto como querem as teorias metafísicas. Ao se interpretar o texto, ele já estará compreendido e compreender só se faz a partir do modo de ser-no-mundo de quem o interpreta. Destarte, os textos/normas não contêm um sentido já dado, prévio: sempre será criado um novo sentido para quem os lê, considerando-se o intérprete como alguém inserido em um contexto histórico e cultural determinado (STRECK, 2009a, p. 235-236).

Dessa forma, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e das suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com um(a) *hermé(nêu)tica* tradicional objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. *Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido possível-de-um-determinado-texto, e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante* (STRECK, 2009a, p. 235-236).

¹³ Conforme Gadamer (2003, p. 19), “A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo, falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido. Essa generalização da interpretação remonta a Nietzsche. Segundo ele, todos os enunciados provenientes da razão são suscetíveis de interpretação posto que o seu sentido verdadeiro ou real nos chega sempre mascarado ou deformado por ideologias”.

¹⁴ De acordo com Stein, “a objetificação olharia apenas o aspecto do desvelamento e esse numa perspectiva de um sujeito que se situa diante de um objeto. Nessa relação, tanto a coisa, como o evento ou a pessoa, passam a ser simplesmente objetos da representação do sujeito”. Nesse sentido, o autor segue dizendo que tanto a coisa, como o evento ou a pessoa são vistos pelo sujeito somente sob o seu prisma, simplesmente como objetos representados pelo sujeito. Desse modo, o “acontecer, o apresenta-se, ou ainda o vir-ao-encontro com seu modo de ser” é negado, encoberto ou totalmente ignorado. Esconde-se o ser, que impede, portanto, a diferença ontológica (STEIN, 2002, p. 191).

Logo, texto e norma não são a mesma coisa: o texto (ente) aparecerá para o intérprete já na condição de norma (ser), momento em que dará um sentido ao texto. Isto não significa que o intérprete poderá dizer qualquer coisa sobre o texto, solipsisticamente, mas que o interpretará a partir de uma concepção prévia.

A obra de Francisco Motta é bastante elucidativa a respeito dessa questão, quando afirma que o intérprete não pode se deixar levar somente por suas concepções prévias ao ler o texto. Não se pode negar que elas sempre existirão, pois o sujeito somente interpreta depois que já compreendeu. No entanto, ele deve pô-las à prova, a partir da leitura, dirigindo-se à coisa em si¹⁵ – isto é interpretar. Ao interpretar o texto, deverá revisar as suas concepções prévias, através do diálogo com o texto, com o intuito de buscar uma unidade de sentido. Nisto consiste o círculo hermenêutico, que protege o sujeito contra a “arbitrariedade das idéias” (MOTTA, 2010, p. 52-53).

No primeiro capítulo deste trabalho, mencionou-se que os juristas geralmente citam inadvertidamente os princípios constitucionais e os *princípios gerais do direito* como sendo a mesma coisa. Urge, nesse momento, esclarecer-se a diferença entre ambos.

A diferença, em linhas gerais, consiste no fato de que eles emergem de diferentes paradigmas: os *princípios gerais do Direito* estão vinculados ao positivismo pós-exegético, ou normativista, enquanto os princípios constitucionais vinculam-se à mudança paradigmática surgida com a instituição do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal ora vigente, que institucionalizou a moral no Direito, em uma perspectiva pós-positivista.

Os *princípios gerais do Direito* foram elevados à condição de norma jurídica pelo paradigma positivista - mais especificamente pelos modelos de distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios¹⁶. Embora não seja foco do presente estudo uma análise minuciosa das teorias (neopositivistas) de “distinção fraca” e “distinção forte” entre regras e princípios, é importante saber que elas ainda se filiam ao paradigma metafísico, o que pode ser logo notado tendo em vista a cisão entre regra e princípio. Com efeito, “pela distinção

¹⁵ Sábias são as palavras de Gadamer (2003, p.63) nesse sentido: “a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto nos *informe* sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às origens e características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em todo caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma “neutralidade” objetivista: não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as idéias preconcebidas que lhe impúnhamos antecipadamente”.

¹⁶ De acordo com a hermenêutica filosófica gadameriana, a norma só se dá depois da compreensão-interpretação do texto. Assim, a qualificação de norma aos princípios jurídicos não é relevante para o modelo pós-positivista, visto que os princípios, assim como as regras, são textos e não normas dotadas de um significado prévio, anterior, até mesmo, ao primeiro contato do intérprete com o enunciado.

‘fraca’, os princípios seriam normas com elevado nível de abstração e generalidade, dando azo a uma forte subjetividade do aplicador”¹⁷ (STRECK, 2009, p. 255). Por outro lado, as regras não teriam elevado grau de abstração, de modo que exigiriam um grau menor de subjetividade do aplicador¹⁸.

Acerca da distinção “forte”, os princípios seriam aplicados por ponderação, ao contrário das regras, que seriam aplicadas por dedução/subsunção. O mecanismo agiria deste modo porque os princípios poderiam se confrontar com outros, já as regras não (STRECK, 2009, p. 255). Conforme explica Streck, no caso da distinção “forte”, Dworkin é recorrentemente citado como “institucionalizador da máxima ‘a regra se decide no tudo ou nada’”¹⁹. Contudo, tal corrente esquece-se de dizer que Dworkin pertence a tradição do *common law*, e além disso, defende a resposta correta e é absolutamente contra a discricionariedade, o que já faz sua teoria ser incompatível com estas neopositivistas (assim denominadas porque elas nada mais fazem do que reproduzir o positivismo normativista kelseniano).

Com isso, as questões que antes eram reservadas à política jurídica, conforme a Teoria Pura do Direito kelseniana, passaram a fazer parte da ciência normativa. No entanto, os mencionados *princípios gerais do Direito* não trouxeram significativa inovação ao positivismo pós-exegético, pois, como já citado anteriormente, tais princípios permaneceram cumprindo o mesmo papel destinado à política na teoria kelseniana: o de legitimar o poder discricionário do juiz, oportunizando a abertura interpretativa das regras a serem subjetivamente apreciadas.

Por outro lado, os princípios constitucionais surgem no modelo de Estado pós-positivista como “contraponto à discricionariedade”, uma vez que cumprem a função de institucionalizar a moral no Direito, a partir de uma Constituição Federal democraticamente produzida reconhecedora das garantias fundamentais dos cidadãos (STRECK, 2009a, p. 111).

Nesse sentido, os princípios constitucionais têm por função impedir que os juízes decidam conforme valores morais particulares, pertencentes a sua esfera individual e

¹⁷ Conforme Streck, tal classificação permite que as cláusulas gerais do Código Civil e os princípios tornem-se facilmente álibes para a discricionariedade (STRECK, 2009, p. 255).

¹⁸ Tal classificação, por outro lado, possibilita com elevado grau de persuasão que, em determinadas situações, as regras prevaleçam sobre os princípios, sem falar no papel persuasivo a favor da institucionalização da súmula vinculante.

¹⁹ Ávila (2009, p. 86), por exemplo, quando aborda a distinção forte entre regras e princípios assim a descreve: “a segunda corrente doutrinária, capitaneada pelos estudos de Dworkin e Alexy, sustenta que os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção”. Vê-se o “mix” de autores incompatíveis entre si, devido aos diferentes paradigmas a que se filiam.

subjetiva. Institucionaliza-se a moral no Direito, através dos princípios constitucionais, objetivando-se que os juízes decidam observando os valores positivados na Carta. No pós-positivismo, Direito e moral são co-originários.

Desse modo, não se deve aleatoriamente denominar os princípios constitucionais como *princípios gerais do Direito* e vice-versa: ambos se filiam a diferentes paradigmas e cumprem distintas funções: enquanto um promove o poder discricionário dos juízes, oportunizando a abertura interpretativa para a aplicação das regras, o outro busca superar esta discricionariedade, oportunizando o fechamento interpretativo das regras, conforme será visto adiante (STRECK, 2009b, p. 500).

De acordo com uma compreensão hermenêutico-fenomenológica do Direito, os enunciados normativos não contêm um sentido prévio. Isto é, de acordo com os ensinamentos de Heidegger e Gadamer, o texto (ente) só será desvelado a partir de um intérprete inserido em um determinado contexto histórico e cultural, momento em que, vinculado ao seu modo de ser-no-mundo, encontrará a norma (ser) a incidir em um determinado caso concreto.

Assim sendo, as circunstâncias histórico-culturais as quais os juízes brasileiros estão inseridos são fundamentais para esclarecer o modo como estes devem compreender/interpretar o Direito, visto que, como já dito, não há como se partir de um “grau zero de significação”. Com base nisso, pode-se dizer que o poder judiciário brasileiro vive sob os auspícios de um Estado democraticamente instituído por uma Carta que visa efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, assim como resgatar as promessas incumpridas da modernidade (STRECK, 2009b, p. 501).

Diferentemente de uma Carta neutra, puramente abstrata e desvinculada do mundo real - características próprias do modelo positivista - a atual Constituição assume o compromisso de transformar a realidade, pois traz em seu âmago, uma carga principiológica fortemente preocupada com a faticidade, a realidade e, principalmente, com os problemas sociais. Cabendo, nesse passo, aos juízes, decidirem conforme os princípios morais instituídos na Carta, com o intuito de efetivá-la.

Por isso, no pós-positivismo, os princípios constitucionais cumprem o papel de resgatar a realidade, o *mundo vivido* para o Direito, cotidianizando-o, na expressão de Streck. Na perspectiva hermenêutica trabalhada nesta pesquisa, os princípios são “pura significatividade e desabstratização” (STRECK, 2009b, p.518), contrariamente às teorias positivistas de distinção fraca e distinção forte entre regras e princípios, imersas em uma concepção “pasteurizada” da jurisdição (Ovídio).

Conforme estas teorias, “as regras são enunciados ‘fechados’ que não permitem uma ‘expansão interpretativa’ (*sic*) enquanto que os princípios seriam enunciados ‘abertos’ (*sic*)” permitindo, assim, a discricionariedade do intérprete. Nesse sentido, o caráter abstrato das regras também é atribuído aos princípios, e é exatamente esta característica que a interpretação dos princípios a partir da hermenêutica jurídico-filosófica busca superar (STRECK, 2009b, p.518).

Na hermenêutica filosófica, são as regras que “abrem a interpretação”, uma vez que nelas estão compreendidos inúmeros casos possíveis, sem compreender nenhum específico, isto é: possuem caráter universalizante e abstrato, referem-se a inúmeras possibilidades. A hipótese normativa “ofender a integridade ou a saúde de outrem” compreende inúmeras situações, mostrando-se, portanto, a partir do enunciado, apenas como os casos deste tipo - lesões corporais - devem ser tratados (STRECK, 2009b, p. 519).

Nessa perspectiva, será o princípio que “fechará” a interpretação da regra, pois ele (o princípio) trará a singularidade do caso à regra, as circunstâncias fáticas presentes em uma determinada situação e os valores instituídos na Constituição: isto possibilitará a individualização da *aplicatio*, isto é, o encontro da melhor resposta, do sentido do texto para o caso específico. O encontro da norma, pois.

Nesse contexto, entende-se que

o princípio é um elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insisto: hermenêuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor (isto não é, “criação” da hermenêutica; os princípios constitucionais são o cerne do constitucionalismo contemporâneo) (STRECK, 2009b, p. 523).

Por isso, não há porque dissociar as regras dos princípios, como fazem as teorias ainda vinculadas ao paradigma do esquema sujeito-objeto: os princípios, na verdade, estão encobertos pelas regras e é a partir delas que emergem. Toda regra tem por detrás de si um princípio que a legitima, que traz o mundo prático a ela, possibilitando o “fechamento” interpretativo da mesma. As regras têm a porosidade que permitem a surgência dos princípios.

Por exemplo, entender que o princípio da individualização da pena significa que a pena do acusado deva ser individualizada e particularizada de acordo com as circunstâncias do caso, não significa que este conceito tenha autonomia por si só. Isto é, ele só terá o seu sentido determinado a partir do caso concreto, quando uma regra for aplicada a um caso determinado: nisto consiste a compreensão fenomenológica dos princípios. Dizer que existem

princípios sem regras equivale a dizer que existem normas sem textos (STRECK, 2009b, p. 523).

Os princípios, portanto, não são “capas de sentido”, ou enunciados abstratos, como pensam as teorias de cariz metafísico. Os princípios devolvem a ontologicidade às regras, através de uma interpretação que deve estar compromissada com a “materialidade principiológica” da Constituição, legada pela historicidade da tradição.

Os princípios possuem uma história institucional, de forma que não podem ser criados *ad hoc* pelos juízes, o que ensejou o fenômeno do panprincipiologismo, tão criticado por Streck: “a institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição” (STRECK, 2009b, p. 530). Daí se constata a importância do giro ontológico-lingüístico para o Direito, pois os princípios não são vistos mais como enunciados abstratos a serem usados de acordo com a discricionariedade do intérprete. Antes de tudo, eles assumem o compromisso com a faticidade, responsável por constituir uma tradição.

É nessa direção que Streck afirma a importância de se buscar o DNA do caso, com o intuito de elucidar o passado institucional a respeito de uma determinada matéria, bem como o modo pelo qual o princípio nela atou. Isto evita que o princípio seja interpretado como um “conceito sem coisa”, desvinculado de uma tradição, característica inerente ao problema da razão abstrata positivista ensejadora da subjetividade assujeitadora, do protagonismo judicial, e da criação arbitrária dos princípios, pois.

O uso correto dos princípios, com o intuito de se chegar a uma resposta constitucionalmente adequada, supera os dualismos metafísicos que dissociam: as regras dos princípios, a razão prática da razão abstrata e, em última análise, os casos fáceis dos casos difíceis.

Na concepção positivista, os casos fáceis são solucionáveis pelo critério da subsunção, contentando-se com a suficiência ôntica. Já os casos difíceis exigem um “ir além”, uma vez que “os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema composto por regras e princípios” (ISAIA, 2008, p. 272). Nesse contexto, delega-se a solução deste impasse ao subjetivismo do intérprete, que, não raro, legitima sua decisão recorrendo aos *princípios gerais do Direito*, ou até mesmo, a novos princípios criados por ele mesmo – o que enseja tanto o fenômeno do panprincipiologismo²⁰ como o do solipsismo das decisões.

²⁰ Referindo ao fenômeno do panprincipiologismo, Lenio Streck afirma: “‘Positivaram-se os valores’”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação ‘criação’ (sic), em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’ (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem” (STRECK, 2009b, p.

Na perspectiva de interpretação dos princípios aqui defendida, inexistente separação entre casos fáceis e casos difíceis, pois caso algum é reduzido ao nível ôntico, uma vez que são todos compreendidos hermeneuticamente, observando-se sempre o peso da tradição, da integridade e da coerência, conforme será visto agora (STRECK, 2009b, p. 531).

4. TRADIÇÃO, INTEGRIDADE E COERÊNCIA: POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

O fechamento interpretativo da regra pelos princípios é realizado por um intérprete herdeiro de uma Constituição Democrática instituída por um só autor – a comunidade personificada, conforme os ensinamentos de Dworkin – que tem como intuito a construção de um estado sedimentado em um coerente conjunto de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal (DWORKIN, 2007, p. 291).

Uma sociedade fraternal, como diria Dworkin, em que a vida de nenhuma pessoa é mais importante que a de outra. Nela, as pessoas podem pertencer a diferentes hierarquias e desempenhar papéis distintos, no entanto, todas voltadas para a promoção do bem geral e o interesse de todos. Na comunidade fraternal, as pessoas aceitam que são guiadas por princípios, e não simplesmente por regras legitimadas por um acordo político (DWORKIN, 2007, p. 254-255).

A partir disso, o autor estadunidense defende que uma sociedade sedimentada nos princípios anteriormente mencionados - justiça, equidade e devido processo legal – deve seguir pela integridade e coerência, de forma que todas as pessoas tenham um tratamento equânime perante o ordenamento vigente, principalmente no que concerne à seara judicial: foco do presente estudo.

Destarte, Dworkin explica que a integridade define os verdadeiros princípios, os mais genuínos, aos quais o cidadão deve ter direito. Além disso, afirma que a noção de integridade também se traduz na idéia de que todos devem ter “seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos”.

Em linhas gerais, destaca a necessidade de serem julgadas coerentemente – como se o Estado tivesse uma única voz, na expressão do autor.

476). Nessa direção, é criada uma infinidade de princípios sem se observar a história institucional dos mesmos, como será mais bem explicado adiante. Entre tais princípios, alguns seguem transcritos: princípio da simetria, princípio da efetividade da Constituição, princípio da efetividade fechada, princípio da derrota, princípio da paternidade responsável, etc.

Nesse norte, defende que o Direito não deve ser interpretado à luz do convencionalismo, este compreendido como um modelo interpretativo que busca as soluções para os casos presentes a partir das soluções dadas aos casos passados que versaram sobre a mesma questão, de forma a vincular o juiz a dar uma resposta idêntica a do caso anterior. Ou, ainda, reportando-o ao repertório de decisões parlamentares que tenham versado sobre o mesmo assunto para que, descoberta a interpretação do legislativo, aplique-a ao caso.

Por outro lado, Dworkin igualmente opõe-se ao modelo pragmático, que parte do “grau zero de sentido”, em vista de este desconsiderar a necessidade de um mínimo de coerência com as decisões anteriores. Sob o prisma deste modelo, não há direito adquirido pelas pessoas, mas sim simplesmente o direito à decisão judicial, sendo que tal decisão será criada pelo juiz, responsável por definir o que se revelará melhor para a comunidade, desvinculado de qualquer imperativo imposto pela tradição (ISAIA, 2008, p. 278).

Nesse sentido, Dworkin defende a integridade, discorrendo que o material jurídico deve ser considerado em sua totalidade, como fonte de inspiração, de forma a dar continuidade à interpretação. Desse modo, destaca que a integridade não equivale ao modelo convencional de interpretação do Direito, pois o juiz não deve interpretar o Direito de um antepassado distante e totalmente desvinculado do contexto no qual está inserido (coerência de princípio vertical).

Por outro lado, defende a importância de coerência de princípio horizontal, abrangendo “toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”, fazendo com que o juiz se remeta ao passado na medida em que as condições factuais sob sua análise assim o exijam (DWORKIN, 2007, p. 273-274).

Por isso, defende a relevância das decisões anteriores em razão delas não apenas demonstrarem aquilo que nelas está explícito, mas também algo que implica uma interpretação mais aprofundada, buscando a emergência dos princípios que conformaram a decisão.

Francisco Motta bem elucida essa questão quando afirma que a importância do passado não se traduz em um apego irrefletido à história judiciária, “mas antes numa inexorabilidade decorrente do caráter interpretativo das afirmações jurídicas e num dever de guardar coerência (de princípio) com elas” (MOTTA, 2010, p. 121). Dessa forma, a história se faz essencial porque justifica quais circunstâncias levaram a evocar os princípios contidos na decisão, em outras palavras, quais princípios justificaram a decisão tomada no caso similar ao que está sob a análise do juiz.

Relevante é a passagem do livro *O Império do Direito* em que o autor trata do “romance em cadeia”, por meio do qual se refere metaforicamente ao processo de decisão dos juízes a partir da integridade. Desse modo, afirma que a atividade dos juízes é semelhante à tarefa de construir um romance em “várias mãos” por diversos autores, tarefa que exige dos romancistas que a história concluída resulte em um romance unitário e contínuo, e não constituído por vários contos.

Nesse sentido, construindo o romance em série, cada romancista observará aquilo que o anterior fez, de modo a continuá-lo dando um seguimento coerente ao que já foi realizado pelo anterior e prevendo o que o romancista seguinte poderá escrever (na medida em que isso seja possível). Dessa forma, “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 2007, p. 276).

A complexidade de tal tarefa ocorre, essencialmente, pela constante e necessária revisão e avaliação geral para escrever e reescrever. Assim, o romancista não terá liberdade irrestrita como se pudesse livremente criar o seu próprio romance, por outro lado, não será intrinsecamente restrita, como a tarefa de traduzir para a sua língua nacional um romance escrito em língua estrangeira (DWORKIN, 2007, p.281). Não será nem uma coisa nem outra.

Como explica Francisco Motta (2010, p. 115), tal tarefa é análoga a dos juízes vinculados ao paradigma pós-positivista, pois estes, igualmente, tem estas duas demandas a cumprir: “uma de caráter formal, atinente às características formais de identidade, coerência e integridade; outra, de caráter substantivo, referentes ao valor (no caso dos romancistas, um valor artístico), no caso dos juizes, os princípios constitucionalmente garantidos.

No desempenho dessa tarefa, deverá o juiz, portanto, compreender o Direito com “completeza”, observando, de antemão, o valor da coerência. Tal valor exige que as decisões atuais sejam as mais próximas possíveis às decisões passadas, quando fatos bastante similares estiverem em questão, dando a idéia de um Estado único baseado na justiça e equidade.

No entanto, o mesmo autor admite que a integridade não é apenas coerência, uma vez que o valor da coerência não será imperativo em todas as situações, pois a integridade é mais que isso. Nesse contexto, por vezes, em atenção aos princípios mais fundamentais, o juiz poderá mudar o entendimento a respeito de uma questão, com o intuito de ser fiel ao que a comunidade tem de mais verdadeiro: os princípios.

Desse modo, Francisco Motta afirma que o valor da integridade a ser observado pelo intérprete – ou o valor da tradição, para usar a expressão hermenêutica – consiste em tarefa muito mais imaginativa e abrangente do que a simples tarefa de pesquisar os repertórios

jurisprudenciais²¹. Exige-se do intérprete mais, pois ele deve buscar a coerência de princípios fundamentais (MOTTA, 2010, p. 124).

Gadamer (2002, p.172), igualmente, destaca que a tradição desempenha relevante papel quando se mostra como interlocutora experiente e permanente no diálogo com o que nós mesmos somos, pois responde perguntas e suscita outras novas, de forma que o que foi herdado não permanece estático e enrijecido.

Para Dworkin, a integridade assim entendida compreende que o ordenamento jurídico como um todo – Constituição, leis ordinárias, leis especiais, súmulas - dificilmente estará construído a partir de um coerente conjunto de princípios. Sendo assim, refere que tal constatação deve ser vista como um “defeito” por parte dos intérpretes, e não como uma incontornável consequência da distribuição de poderes políticos a organizações com diferentes opiniões.

Em razão disso, reserva aos intérpretes, principalmente ao órgão judiciário, o dever se conciliar, “remediar”, tais incoerências de princípio que porventura venham a encontrar (MOTTA, 2010, p. 120). Com isso, Dworkin não pretende chegar a uma única e imodificável decisão correta. Segundo Motta (2010, p. 125):

evidentemente, não conseguiremos engendrar uma fórmula que garanta que os juízes chegarão a uma mesma (boa) resposta em casos complexos, inéditos ou controversos. Mas isso não nos permite consentir com a noção – ‘filosoficamente infantil’, como diz Dworkin – de que, como uma tal fórmula não existe, nenhuma concepção de igualdade e liberdade constitucional é melhor do que as outras, e, portanto, o exercício de atividade dos juízes é um simples exercício de poder ou uma reação instintiva.

Deve-se buscar, em lugar de tais concepções, que os juízes estejam conformados com um princípio de ordem superior: o princípio da integridade, independente do que pensem a respeito do que é justiça, imparcialidade. Com isso, Dworkin (2007, p. 292-293) reflete acerca da tarefa dos juízes – que estão vinculados a questões de princípio - em oposição ao

²¹ “Assim, se quisermos deixar claro que o texto – não subsiste como texto (jurídico), mas, sim, somente como uma norma (que é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, aquilo que *se diz sobre ele*) – sua correção deverá ser aferida a partir da Constituição, d’onde é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra será a resposta adequada à Constituição. O intérprete não se depara com um texto infraconstitucional ‘nu’, ‘carente’ do sentido da Constituição. A Constituição é (também) um existencial. Faz parte do modo-de-ser no mundo (autêntico ou inautêntico do jurista/intérprete. Daí que é desnecessário dizer que uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito” (STRECK, 2009b, p. 302).

papel dos legisladores cuja tarefa permite que elaborem leis com base em argumentos de política, defendendo o que entendem ser melhor para a comunidade.

Nesse contexto, um juiz não pode responsabilizar um sujeito que tenha feito algo cuja proibição de fazê-lo não está presente no Direito, tendo o próprio juiz reconhecido a mencionada ausência. Assim sendo, deverá, portanto, o julgador – a partir de argumentos de princípio – justificar o motivo pelo qual é levado a decidir de modo diverso ao que foi decidido nos casos passados²², com vistas a efetivar a integridade no Direito. É por isso que se diz que a integridade nem sempre será a última resposta, mas deve sempre ser condição de possibilidade.

Em razão disso, ainda com Dworkin (2007, p. 294), um juiz não pode criar o direito com base em argumentos de política, por assim parecer-lhe mais justo²³: exige-se que ele “ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”. Destarte, o intérprete não lê o texto a partir da sua pré-compreensão ou da sua opinião prévia, na verdade, ele põe-nas à prova, testando a legitimidade delas, o seu real significado, sua origem e validade (STRECK, 2009b, p. 546).

Nesse norte, os juizes devem considerar esta teoria não somente o modo como chegam à “resposta hermeneuticamente adequada à Constituição”, ou “resposta correta” (STRECK, 2009b, p. 277), mas – antes de tudo – como devem proceder, com o intuito de evitar discricionariedades e solipsismos (MOTTA, 2010, p. 121).

É com base nisso, que Direito como integridade e hermenêutica jurídico-filosófica convivem em harmonia, permitindo que se construa uma comunidade amparada em princípios

²² Como se vem afirmando pela doutrina pós-positivista, os casos não devem ser julgados como se fossem únicos, particulares, mas sim devem ser julgados como se iguais fossem, na medida do possível. Cada caso resolvido serve como exemplo para a solução do próximo (assim como o romance em cadeia), necessitando-se, por isso, que se exija uma interpretação hermenêutica que justifique uma solução divergente das soluções dadas aos casos anteriores. Em última análise, o Direito não pode se valer de decisões casuísticas (STRECK, 2009b, p. 505).

²³ Um elucidativo exemplo de tal assunto refere-se à discussão a respeito de pedido referente à autorização para realizar um aborto a ser apreciado pelo juiz Hércules (Dworkin). Nesse contexto, ainda que o juiz seja um liberal, e a favor da realização do aborto, não será necessariamente positiva sua resposta. Isto porque o Direito como integridade exige que ele retorne às tradições populares que deram forma ao Direito Penal, com o intuito de por à prova suas convicções particulares. Destarte, se a história jurídica da comunidade não for consoante com a opinião pessoal de Hércules, ele deverá decidir em favor das convicções da comunidade e contrariamente às suas convicções pessoais, uma vez que não cabe a ele a contrução de uma história “melhor” munindo-se, para tanto, de argumentos políticos (e pessoais, em última análise). Deve o juiz, acima de tudo, respeitar a história jurídica da comunidade, a integridade e a coerência no Direito. Isso não impede que, ao longo do tempo, esta decisão mude, pois “as circunstâncias variam e os princípios mudam de peso com o tempo”, sendo dever do juiz mudar o entendimento, desde que este esteja fundamentado em questões de princípio, momento em que Motta destaca o papel relevante da Doutrina para justificar e demonstrar a pertinência de tais mudanças.” (MOTTA, 2010, p. 121-123).

e que, nos termos de Dworkin, proporcionam um futuro honrado, sem se partir do “grau zero de sentido”, que dá sorte à criação de todo e qualquer tipo de princípios.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo, discutiu-se a Teoria Pura do Direito kelseniana com o intuito de mostrar que nela há uma cisão entre razão prática e razão teórica. Desse modo, todas as questões práticas são excluídas da sua teoria científica e relegadas à livre apreciação do juiz no momento da decisão judicial. Como visto, Kelsen entendia que cabia a ciência jurídica apenas encontrar os sentidos possíveis dentro da moldura da norma jurídica, e não encontrar uma resposta correta. Por isso, seu modelo institui o modelo discricionário, e as questões práticas ficam excluídas da possibilidade de conhecimento teórico.

Em seguida, argumentou-se que a teoria kelseniana deita raízes no paradigma do esquema sujeito-objeto - da metafísica moderna, mais precisamente, em que o sujeito assujeita o objeto. Mais que isso, argumentou-se também que vivemos sob paradigmas inconciliáveis, uma vez que a metafísica clássica, responsável por entificar o ser, também se faz presente no direito brasileiro por meio da súmula vinculante, por exemplo.

Discutiu-se também que os *princípios gerais do direito*, inadvertidamente denominados princípios constitucionais, desempenham função equivalente àquela desempenhada pela política jurídica kelseniana, cuja principal função era legitimar a decisão como um “ato de vontade do juiz”. Portanto, o que tem se visto, é uma criação incontrolada de princípios que servem como verdadeiros álibes teóricos para os juízes decidirem como bem entendem.

Posteriormente, elucidou-se a importância da reconciliação entre teoria e prática no direito, desempenhando a hermenêutica filosófica um papel essencial nesta missão. Com o giro ontológico-lingüístico, passa-se ao esquema sujeito-sujeito, reconhecendo-se a linguagem como condição de possibilidade do sujeito, que se move em uma totalidade de significados intersubjetivamente válidos. É por meio dela que o sujeito dá sentido (ser) aos entes. Nessa mudança de paradigma, a linguagem deixa de ser instrumento.

Considerando-se, nesse passo, os juízes como sujeitos vinculados ao seu modo de ser-no-mundo, compreendeu-se que estes jamais partirão de um “grau zero de sentido”, uma vez que a pré-compreensão sempre se fará (previamente) presente. Assim sendo, cabe a eles pô-las à prova, por meio do círculo hermenêutico, tendo sempre em mente o papel que a

Constituição desempenha no Estado Democrático de Direito, cujos princípios mais fundamentais, de acordo com Dworkin, são a coerência, a integridade (tradição) e o devido processo legal, conforme descrito na última parte.

Nesse sentido, quis-se mostrar a importância de que os juízes construam um judiciário coerente, que tenha uma única voz, na expressão de Dworkin, assegurando que todos os cidadãos sejam tratados com equidade perante a Constituição. Para tanto, é necessário o respeito à integridade (tradição) que exige aprofundamento na história institucional do Direito, na medida em que o caso concreto assim o exija. Através disso, será possível a busca dos princípios que conformaram as decisões anteriores em casos concretos similares, com o intuito de dar coerência (de princípio) às futuras decisões, e, por consequência, ao Direito como um todo.

Conforme mencionado, a busca de coerência de princípio contribui para que os princípios adquiram valor institucional, impedindo-se que eles sejam livremente invocados, partindo-se de um “grau zero de sentido”, simplesmente com o intuito de legitimar decisões eivadas de solipsismo.

Nesse rumo, é observando os princípios da integridade, coerência e devido processo legal, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica, que se torna possível chegar às respostas corretas, ou hermeneuticamente adequadas à Constituição.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, , Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Tradução: Enio Paulo Giachini. 5. ed. Editora Universitária São Francisco: Bragança; Vozes: Petrópolis, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luis Carlos Borges. 1.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

ISAIA, Cristiano Becker. **O direito processual e o problema do decisionismo jurisdicional: da subsunção à integridade no direito.** In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, n. 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** 1. ed. São José: Conceito, 2010.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica.** 1. ed. Porto alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Diferença e Metafísica - ensaios sobre a desconstrução.** 2.ed. Unijuí:Ijuí, 2008.

_____. **Pensar é pensar a diferença – filosofia e conhecimento empírico.** 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.