

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

APOLO ANTUNES FILHO

**A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA E A FILOSOFIA DA
CONSCIÊNCIA**

PIRACICABA

2014

APOLO ANTUNES FILHO

**A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA E A FILOSOFIA DA
CONSCIÊNCIA**

Dissertação apresentada para
obtenção do título de Mestre no
Curso de pós-graduação *stricto
sensu* da Universidade Metodista de
Piracicaba.

Orientador: Professor Doutor
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

PIRACICABA

2014

APOLO ANTUNES FILHO

**A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA E A FILOSOFIA DA
CONSCIÊNCIA**

Dissertação apresentada para
obtenção do título de Mestre no
Curso de pós-graduação *stricto
sensu* da Universidade Metodista de
Piracicaba.

BANCA EXAMINADORA

Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Victor Hugo Tejerina Velázquez

José Eduardo da Costa

Essa dissertação é dedicada aos meus pais, Apolo e Tânia. Mesmo sendo simples, esse trabalho é tudo o que fui capaz de fazer até hoje em minha vida. Então, aqui está o meu mundo, que dedico, com humildade, a vocês.

AGRADECIMENTOS

Devo muito e não posso pagar. Mesmo que eu vivesse dez vidas, jamais teria como retribuir na mesma medida às pessoas que fazem parte da minha vida. Fui abençoado por ter pessoas assim sempre por perto e acho mesmo que, no final das contas, eu é que saí ganhando.

Do meu pai ganhei mais que o nome: ganhei todo o exemplo de integridade e amor à família; ganhei todo o amor pela leitura e pela cultura; ganhei o exemplo de dedicação a uma causa. Da minha mãe ganhei o amor pela educação; ganhei o exemplo de perseverança e dedicação exclusiva à família e aos filhos. Tive a melhor criação que alguém poderia ter e tenho os melhores pais; sem vocês eu não sou nada!

Preciso agradecer aos meus avós, Samuel (em memória) e Lourdes, que me sustentam em oração. Meu avô me ensinou o caminho da retidão; minha avó, até hoje, me ensina diariamente que a vida pode ser mais simples do que eu imagino. Vocês são meu referencial.

Sócrates, o filósofo, acreditava que as pessoas precisam de um parto na alma para que pudessem ter uma visão, mesmo que mínima, da vida. Então, preciso agradecer ao Doutor José Eduardo da Costa por ter sido um Sócrates na minha vida. Com toda a certeza, devo a esse homem quase tudo o que sei. Os melhores anos da minha vida foram aqueles em que a nossa convivência era diária. Ali, aprendi o que precisava sobre integridade, amor à profissão, dedicação, respeito, humanidade e, acima de tudo, amor ao conhecimento!

Meu orientador tem um espaço nessa história toda. O professor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez aceitou ser meu orientador e fez muito mais que isso: foi o referencial de professor que um dia quero ser. Tenho certeza das minhas limitações, mas seus incentivos e palavras carinhosas sempre me deram ânimo para continuar estudando.

Há uma rosa no meu jardim e ela responde pelo nome de Juliana, meu amor. Preciso agradecê-la por estar comigo sempre e sempre. Nos conhecemos em um lugar que fez com que nossos anseios profissionais se tornassem mais próximos, mas eu não imaginava que ali encontraria a pessoa que corresponde aos meus anseios. Por isso, presto meus agradecimentos na forma de uma reciprocidade, que chamamos de amor, porque nos torna mais

próximos, mesmo sendo diferentes, nos completa e nos torna felizes. Encontrar o amor é encontrar o que nos dá paz. Eu encontrei o meu pedaço.

Preciso agradecer aos meus amigos; são eles: Jamil, Rennan e German. A amizade consiste em aceitação. Sou muito difícil de se conviver e, mesmo assim, somos amigos. Alguns são malucos; nós somos profissionais!

A UNIMEP foi a melhor escolha que eu poderia ter feito. Ali, conheci as melhores pessoas que se pode imaginar. Devo muito aos professores José Luiz Gavião e seu pai, Jorge Luiz, professor Remédio, professor Vitor Hugo: vocês são os meus exemplos de integridade na prática do direito. Devo muito à Sueli, secretária do curso de pós-graduação em Direito: sem ela, nada, absolutamente nada, seria a mesma coisa. A Sueli é o maior exemplo de dedicação ao trabalho e já quebrou árvores inteiras para mim. Só estou me tornando mestre em direito por meio da ajuda dessas pessoas.

Divided soul of a troubled man, the
final fight, the final need to
understand... (Black Label Society).

RESUMO

Esta dissertação tem o objetivo de abordar as questões a respeito das Teorias da Decisão Judicial, que é um dos temas mais estudados em Direito na contemporaneidade. Por estarmos inseridos em um Estado Democrático de Direito que se impõe com uma série de compromissos, essa pesquisa trabalha a temática do ponto de vista do Neoconstitucionalismo, que se instaurou após a Segunda Guerra Mundial, e também com base no estudo filosófico do Direito. Portanto, o tema é abordado não apenas com base em um Direito Constitucional, mas com o foco centrado no problema dos pressupostos que envolvem toda e qualquer ciência. Assim, a pergunta norteadora dessa pesquisa é: como criar uma teoria que comungue as respostas às necessidades sociais por meio de respostas corretas por parte dos juízes. Para tanto, a Teoria da Reposta Correta, de Lenio Luiz Streck, ganhou especial atenção, sofrendo, contudo uma crítica por parte da Filosofia da Consciência no último capítulo deste trabalho.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Teorias da Decisão Judicial; Hermenêutica Filosófica; Filosofia da Consciência; Direitos Sociais Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation aims to address questions about the Theories of Judicial Decision, which is one of the most studied topics in the contemporary law. By being inserted into a democratic state that imposes itself with a series of commitments, this research work the issue from the point of view of Neoconstitutionalism, which arose after the Second World War, and also based on the philosophical study of law. Therefore, the subject is approached not only based on a constitutional law, but with the focus centered on the problem of assumptions involving any science. Thus, the central question of this research is: how to create a theory that commune responses to social needs by means of correct responses by the judges. To do so, the Correct Response Theory of Lenio Luiz Streck, gained special attention, suffering, yet critical by the Philosophy of Consciousness in the last chapter of this work.

Keywords: Constitutional Law; Theories of Judicial Decision; Philosophical Hermeneutics; Philosophy of Consciousness; Fundamental Social Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
CAPÍTULO 1 FILOSOFIA DO DIREITO OU DIREITO CONSTITUCIONAL?.....	20
1.1 O problema dos pressupostos	29
CAPÍTULO 2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO E AS DECISÕES JUDICIAIS.....	41
CAPÍTULO 3 OS “QUÊS” E OS “PORQUÊS” DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	57
3.1 A viravolta linguística.	61
3.2 A guinada lingística no Direito.....	Erro! Indicador não definido.
3.3 A Teoria da Resposta Correta	73
CAPÍTULO 4 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A CRÍTICA À TEORIA DA RESPOSTA CORRETA	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

INTRODUÇÃO

Como conceber qualquer tipo de conhecimento sem o seu investigador? A impessoalidade que cerca, de forma geral, o que se vê em termos de Filosofia do Direito é um sintoma muito evidente. As deformações que se sofre em termos de realidade serão sempre o resultado direto das operações que fazem uma realidade política ser possível. Essas operações são das mais diversas possíveis e abrangem um campo conceitual muito grande, que vai desde o senso comum até as religiões, linguagem, artes, filosofia, política, economia etc. Mais do que muitas tentativas de se habituar em concepções filosóficas, um trabalho investigativo precisa guardar um pedaço de quem o escreveu. O que motiva? O que encontra? O que provoca? O que faz sentido? Essas são as perguntas que sempre estão relacionadas com uma pesquisa e, por mais que se tente, não se pode fugir disso sob o risco de se produzir algo que não condiz com a realidade do homem.

As livrarias estão cada vez mais cheias de tudo o que se pode imaginar a respeito da vida. Muito se escreve e se produz, mas ainda temos poucas respostas. Nunca as sessões de autoajuda estiveram tão cheias como atualmente. O homem está à procura de si mesmo. Isso é muito antigo e transcende nossa capacidade de observação. A tentativa de se compartimentar todo o conhecimento na forma de uma enciclopédia ainda é um erro no qual incorremos frequentemente. Num grau mais elaborado de problemas, até faria sentido a esquematização da realidade do homem como um punhado de informações, mas o problema se intensifica quando se percebe que a sistematização das relações entre os próprios sujeitos fez com que a existência não passasse de um tipo de administração do tempo em comum. Se eu existo, existo para alguém, não para o meu *eu*. Se um tema foi escolhido, é porque esse tema me importa em algo, é porque há uma relação de afetividade entre quem pesquisa e o que é pesquisado. Platão dizia que a alma dá um salto na direção do conhecimento verdadeiro¹. A existência não é uma máquina

¹ “Na *Alegoria da Caverna*, que abre o Livro VII do diálogo *A República*, Platão chamou a atenção para o modo como o conhecimento é a chave de acesso à realidade. Ele descreve prisioneiros acorrentados numa caverna, presos pelas cadeias dos sentidos, dos hábitos, dos preconceitos. Essa prisão impede o voo da sabedoria. Se a realidade é o que encontramos

fechada; ela precisa se reorganizar de diversas formas e faz uso dessa capacidade por meio da nossa consciência. É justamente nisso que reside a capacidade que temos de nos reinventar a todo momento e com base em qualquer situação. Por isso, essa pesquisa é, antes de tudo, uma parte de quem a escreveu; nessas páginas há muito de mim.

A filosofia é uma dúvida. Uma dúvida que cerca o investigador e o deixa sem saída. Uma dúvida que é forte e que tira o sono. Uma dúvida real. Se isso for verdade, o caminho a se seguir pode se desdobrar em duas facetas facilmente identificáveis. A filosofia, em um primeiro momento, não é precisa. É como Bergson dizia: é uma fagulha no meio da escuridão. Esse primeiro momento pode dar frutos ou não; mas, mesmo assim, ainda se está a falar em filosofia. O segundo caminho rumo para a esterilidade do pensamento. Se o pensar filosófico implica em uma série de operações, disponibilidades e empenhos, o filósofo precisa ser forte o suficiente para lutar contra as amarras do senso comum e, no sentido platônico, sair da caverna.

Se for o caso de se rebelar contra o senso comum, a filosofia é o melhor caminho a se seguir. Isso porque ela vai garantir, desde que seja legítima, a fundamentação de uma ou de várias teorias que podem seguir o caminho da praticidade e acabar tocando nossas vidas. Hoje, mais do nunca, o homem clama por respostas. Esse dado, em particular, chegou até o ramo jurídico como uma série interminável de linhas de pesquisa. O problema é que muito se tem confundido sobre o que realmente seria um sistema jurídico. Uma análise lógica precisa determinar a coerência de um sistema desde que consiga demonstrar a ausência de contradições e a consistência baseada na falta de omissões. Mas, em contraste com essa reflexão, conclusões interdependentes podem demonstrar que ainda estamos muito longe de responder às questões referentes à totalidade da coerência lógica do sistema jurídico.

De certa forma, a elucidação do verdadeiro problema é muito simples: se o Direito fosse um sistema totalmente independente, não sealaria

mediante a experiência de conhecer, mas o que é encontrado está sendo distorcido por uma série de ilusões, como aquelas de que sofrem os prisioneiros da caverna, então é necessário reapresentar essa experiência através de um esquema inteligível. Essa é uma tarefa da filosofia." In: HENRIQUES, Mendo Castro. *Olá, Consciência*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 32.

em problemas de aplicação ou fontes de jurisprudência. Mas, já que o Direito tem uma base volitiva pautada nas escolhas que o homem concreto faz a seu respeito, podemos dizer que estamos diante de um problema sobre as decisões que se tomam. Contudo, o Direito diz exatamente como devem ser essas decisões; há uma série extremamente organizada de esquemas jurídicos sobre como um juiz deve decidir ou não. Os códigos prescritivos, como é o Código Penal, por exemplo, determinam como deve ser tudo desde a colheita de provas até a aplicação da pena. Há, entretanto, o aspecto da tomada de decisões nisso tudo, pois o Direito não pode se autoaplicar. Assim, o Direito vem a conferir muitos poderes para moldar uma comunidade inteira. No nosso caso em particular, sofremos com a judicilização da vida privada, fator que demanda uma série de apontamentos e estudos sobre como, na realidade, deve o Direito fazer parte das nossas vidas. Se é verdade, então, que o direito não se autoaplica, também é verdade que o homem ainda é a peça fundamental nesse esquema todo. Para deixar a temática mais clara:

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes. Quanto mais decresce a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço destinado à justiça constitucional – e as razões pelas quais isso ocorreu a partir do segundo pós-guerra têm natureza paradigmática -, torna-se necessário construir as condições para um controle democrático da aplicação (judicial) da lei. Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas².

A consequência é o fato inegável de que o Direito precisa de soluções práticas e concretas. Às vezes, a luta precisa ser no sentido de se ultrapassar os psiquismos que moldam nossa vida em comunidade e tudo isso tem a ver com um esforço pessoal na direção das mudanças sociais que tanto

² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

almejamos. Se o Direito, como Losano dizia³, é a técnica da convivência social, precisamos ser fieis ao critério de verificação da veracidade dessa afirmação. Então, será mesmo o Direito uma construção de critérios conceituais sobre fatos predeterminados ou há mais que isso? Haveria, assim, experiências paralelas sobre as quais ainda não temos um grau aceitável de entendimento? O primeiro resultado de qualquer tipo de procedimento investigativo sobre esse assunto seria verificar que o Direito é o reconhecimento de uma ordem pela qual qualquer sociedade vive. O resultado seguinte é a fácil constatação de que o Direito, como um conjunto de operações, ainda é imperfeito e carece de reparos constantes.

A escolha do tema para essa dissertação não foi feita a esmo. Em tempos de pós-modernidade e neoconstitucionalismo, o Direito assumiu um papel realmente norteador das comunidades de forma geral. Alcançar condições de interpretação das realidades sociais passou a ser uma das tarefas do Direito como um todo. Uma sociedade como a nossa, que ainda carece da realização de diversos Direitos Sociais Fundamentais, está, também, inserida no problema metodológico e filosófico de se discutir como, efetivamente, o Direito entre em cena. Tudo isso representa o que é de importância no cenário do debate acadêmico: a aplicação do Direito. Como se aplica ou como se interpreta o Direito não é apenas uma questão de metodologia ou de discussão teórica; antes -- e tudo isso representa a questão da luta pelos direitos em uma comunidade política --, a crise de paradigmas de que muito se fala é uma crise de várias facetas.

Quando se fala que há uma crise de aplicação do Direito, há que se notar que a crise precisa atravessar os diversos níveis de discussão sobre um mesmo objeto até que um conhecimento mais cristalino venha a aparecer. Ainda não está claro, portanto, quando se fala em Teorias da Decisão Judicial, qual seria realmente a utilidade das mais diversas teorias a esse respeito. Isso é assim porque há uma gama interminável de teorias argumentativas, procedimentais, filosóficas e hermenêuticas sobre o tema. Os projetos nem sempre são sequenciados e as diretrizes podem ser as mais diversas possíveis. Tais questões precisam realmente ser vistas a partir do ponto de

³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

vista do afastamento das discricionariedades e dos positivismos dos mais diversos que brotaram ao longo da história. É claro que todo um desenvolvimento conceitual sobre o tema das decisões judiciais iria demandar a criação de uma nova teoria. Contudo, isso não é possível em termos de dissertação e também não possuo as ferramentas para isso.

O que cabe, então, é tentar situar o debate a respeito das teorias da decisão judicial no atual cenário acadêmico e social. O Direito nunca é um dado solto no espaço; tudo o que se faz em termos de Direito e filosofia tem uma história, tem um DNA. Assim, o direito passou a ser visto, hoje, como um Direito que pode mudar a vida das pessoas, que pode alterar significativamente a forma como uma sociedade pode se estabelecer em sua forma concreta. A direção e o sentido de toda uma comunidade política vai depender das demandas sociais, que são sempre motivadas pelos movimentos individuais e coletivos⁴. Legitimar, então, a autonomia do direito é uma questão de complexidades sociais muito abrangentes e não há outro caminho a se seguir. Essas indicações nos remetem ao caminho da diferença entre a transformação da realidade social por meio do direito e as possíveis transformações sociais que são independentes do direito.

Em termos de sociologia, poderíamos elencar uma quantidade enorme de fontes a respeito das mudanças sociais, e existem, pelo menos, uma centena de linhas de pesquisa das mais diversas sobre como se forma e como se move, interna e externamente, uma sociedade. Contudo, quando se trata de direito, uma hierarquia de conceitos e procedimentos precisa ser seguida à risca. Isso tudo é assim porque estamos inseridos em um contexto social, político e jurídico que nos faz ser dependentes do direito como ele é. A maior crítica que se faz, nesse sentido, diz respeito ao fato de o Direito ser ou não suficiente para que as demandas sociais sejam efetivamente alcançadas. Por mais abstrato que possa parecer, precisamos colocar em questão os fatos que venham a fazer com que as teorias do Direito cheguem até nós.

⁴ “Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de política pública, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.” In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

Tudo o que conhecemos como sendo uma teoria das Ciências Humanas tem uma história, tem um significado. O espaço é limitado em uma dissertação para que se aborde todas as convergências e possíveis incongruências que venham a cercar o Direito de forma geral. Por isso, podemos abordar a realidade jurídica com base em muitos conceitos e escolas filosóficas e jurídicas muito diferentes. Em nosso caso específico, precisamos abordar a temática com base na busca pela concretização dos Direitos Fundamentais em nosso país.

É inegável a existência dessa crise. Não podemos deixar de apontar, contudo, duas evidências. Uma, a de que essa peculiar “crise do Direito” não é, originariamente, dele, senão de que o produz, o Estado. Vivemos, nesta última década, sob deliberado processo de enfraquecimento do Estado, patrocinado pelos governos neoliberais globalizantes dos Presidentes Collor e Cardoso. O exame das propostas frustradas de reforma constitucional pretendidas pelo primeiro e daquelas logradas pelo segundo evidencia a identidade de valores nos programas de um e de outro. Ora, obtida a fragilização do Estado, todos os seus produtos passam a exibir as marcas dessa fragilização. O Direito que imediatamente conhecemos aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser “posto” pelo Estado não apenas porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário. Em segundo lugar, cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo. Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos já não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os Poderes. A América Latina tem sido profusa e generosa em exemplos... O desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma rearticulação do Direito⁵.

Por isso, nas palavras de Lenio Luiz Streck é que iniciamos essa pesquisa com base em uma inquietação a respeito do Direito como um todo. Ainda estamos esperando as promessas da modernidade que demoram a nos alcançar. Por isso, o fortalecimento do Direito é um passo dado na direção de uma comunidade mais justa para todos. Assim, o Direito passou a ser atingido por uma série quase incontrolável de formas de pesquisa e escolas filosóficas muito diferentes. Em todo caso, a discussão a respeito do Direito se insere no

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

debate acadêmico com real relevância, não se tratando, portanto, de mera retórica.

Por vivermos em uma sociedade conflituosa em quase todos os seus aspectos, o Direito precisa, cada vez mais, interferir na vida das pessoas. Talvez Max Weber não tivesse imaginado que os fatos sociais, que eram a base de sua teoria a respeito da vida em comunidade, fossem tão determinantes como o são na atualidade. Por mais que se pense o contrário, o Direito é essencial em nossas vidas. A luz dos ambientes, a água que corre em nossas torneiras, praticamente tudo o que conhecemos e que possibilita nossa vida em comunidade tem um fundamento jurídico. Se algo não for criado por um mecanismo do Direito, muito provavelmente vai ser por ele regulado em algum momento de sua existência.

As formas individualistas de se enxergar qualquer tipo de relação estão cada vez mais fragilizadas e a criação de direitos coletivos passou a ser um dos objetivos dos Estados por quase todo o mundo. Isso veio a demonstrar que o homem está cansado das formas reducionistas de se ver uma realidade política e aposta, cada vez mais, em métodos e valores relacionados às comunidades como um todo. Assim, os problemas na ordem humana na sociedade se originam na habilidade que vamos ter ou não de fazer com que os conflitos sejam solucionados de forma eficaz e correta. Os temas relacionados à justiça assumem o nome de “corretivos” e são vistos, hoje, como a tentativa de regulamentar a vida em comunidade. Nesse sentido, ir substancialmente para além da crítica é uma tarefa que vai depender de muitos encontros com os diversos fenômenos do Direito em nossa comunidade.

Os modelos de formação jurídica e social passam por muitas mudanças e o que é novo, muitas vezes, demora a nos alcançar. Os saberes a respeito da política e do convívio em sociedade fazem parte daqueles conhecimentos que são, talvez, os mais antigos das disciplinas teóricas⁶.

Por tudo isto, a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que se impõe. O Constitucionalismo não morreu. As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser

⁶ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 383.

relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas⁷.

Diversas foram as formas de se ver os mesmos problemas e teorias muito diferentes foram criadas. Assim, hoje pode-se ver uma quantidade enorme de teorias a respeito do Direito, de suas fontes e de sua aplicação. Portanto, afastar o mero procedimentalismo é um dos objetivos dos teóricos em geral, que advertem para o fato de que ainda estamos presos em algumas amarras nesse contexto de movimentos pós-positivistas. Por esse motivo é que o tema das Teorias da Decisão Judicial foi escolhido. A pergunta que deve nortear nossa investigação é, basicamente: *como constituir um discurso capaz de dar conta das perplexidades sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete?*

Com base nessa pergunta, o tema a respeito das Teorias da Decisão Judicial se impõe, não como simples escolha, mas como necessidade primordial nesse contexto onde as respostas são tão necessárias e em um momento em que as teorias jusfilosóficas estão cada vez mais embrutecidas. As condições pelas quais o aplicador do Direito vai se deparar com toda a conformação jurídica que o cerca é tão importante quanto o próprio ato de decidir em um ato concreto. Tudo isso, somado ao fato de que temos uma Constituição Federal “capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”⁸, fez com que diversas teorias surgissem na tentativa de responder às perplexidades sociais que nos cercam a todo momento.

Por isso, o neoconstitucionalismo surgiu como uma resposta aos anseios de sociedades que foram assoladas por movimentos totalitários no século passado, a briga entre as teorias substancialistas e as teorias procedimentalistas⁹ inaugurou toda uma nova série de discussões e

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260.

⁸ *Ibidem*, p. 60.

⁹ Essa discussão é muito antiga e remonta a discussões da Filosofia do Direito que são baseadas em escolas filosóficas muito diferentes. Em todo caso, a justificação de qualquer teoria em termos de Direito, muito raramente não vai ter um pano de fundo filosófico. Por isso, antes de adentrar realmente no problema da Filosofia do Direito, a maioria dos autores acaba

fenômenos da Filosofia do Direito, e a aplicação do direito passou por revoluções enormes com o advento das teorias argumentativas e da filosofia da linguagem. Nesse sentido, o tema é rico em indagações e perplexidades, bem como faz todo o sentido em um Estado Democrático de Direito compromissório como o nosso, que tem a função de garantir os Direitos Sociais Fundamentais.

Para que o trabalho seja desenvolvido de forma didática e construtiva, a abordagem do tema vai acontecer da seguinte maneira: capítulo 1: a análise será feita com base em pressupostos filosóficos e não estritamente constitucionais; capítulo 2: o neoconstitucionalismo vai ser colocado em relação com as teorias da decisão judicial; capítulo 3: o pano de fundo da criação das decisões judiciais será exposto, bem como a Teoria da Resposta Correta será analisada; capítulo 4: uma crítica à Teoria da Resposta Correta é feita na forma de uma análise da Filosofia da Consciência.

A metodologia a ser empregada nesta pesquisa é a teórica/empírica, de modo que os dados serão investigados na forma de uma teoria e serão comparados, de forma exploratória, com a realidade empírica que cerca o ramo do direito.

bebendo nas fontes da Filosofia Geral a fim de que suas teorias tenham maior estabilidade e amplitude. Há uma série interminável de autores que são, ao mesmo tempo, jusfilósofos e comentam ou escrevem sobre uma teoria da Filosofia Geral. O que cabe esclarecer é que se faz, na atualidade, uma menção ao fato de precisarmos mudar a mentalidade dos pesquisadores com o objetivo de criarmos uma Filosofia *no* Direito e não uma Filosofia *do* Direito.

CAPÍTULO 1 FILOSOFIA DO DIREITO OU DIREITO CONSTITUCIONAL?

Se os Direitos Fundamentais estão em jogo, pode-se dizer que se está diante de um trabalho de Direito Constitucional? Mas se os mesmos direitos dependem da aplicação, que é feita por homens concretos e que nem sempre acontece da forma correta, pode-se dizer que se está a cuidar de um trabalho de Filosofia do Direito? Essas perguntas são espinhosas e já vão garantir uma boa dose de discussão sobre como se abordar o tema. Se o que se pretende é apenas dissertar sobre os Direitos Fundamentais, sua origem, espécies ou coisa do tipo, não haveria problema em colocar este trabalho dentro da bacia do constitucionalismo. Contudo, em se tratando de teorias da decisão judicial, o que importa vai além da análise técnica procedimental que o Direito Constitucional comumente exerce. Não há nada de depreciativo na abordagem constitucional. O problema é que ela não toca os limites dos problemas conceituais a respeito das decisões judiciais, como elas acontecem, porque nem sempre são corretas ou como se operam. Então, se a conceitualização não consegue extrapolar os limites de uma engrenagem estagnada, é hora de se falar em filosofia.

Isso é assim porque, na esteira de Leo Strauss, as ciências humanas são limitadas¹⁰. Tal limitação não decorre de uma deficiência; antes, é fruto de uma abordagem muito específica que só se promove com base em específicos argumentos e procedimentos. Não se pode analisar a realidade do homem com base em meros resultados quantitativos. Essa é, na verdade, a constatação que Eric Voegelin tira em *A Nova Ciência da Política*: o positivismo científico é um mal que assolou as civilizações a partir do século XIX¹¹. Isso se deu porque o homem precisava buscar uma ciência sem valores, totalmente “limpa”, conforme Weber preconizava. Acontece que o exagero perpetrado pelas novas escolas filosóficas fizeram com que grande parte do conhecimento sobre a existência fosse deixada de lado. Strauss chama esse aspecto de “excesso de especialização”¹² das ciências do homem. Qual é, então, o limite

¹⁰ STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 62.

¹¹ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 95.

¹² *Ibidem*, p. 53.

das ciências do homem? Strauss concebia, nesse sentido, o fato de que as ciências do homem estão em constante especialização e que não se poderia tentar abordar toda uma realidade do homem por meio apenas de uma ciência humana. Em outras palavras, as ciências do homem não podem abranger a totalidade da existência desse mesmo homem, que é problemático por natureza, de forma totalmente isolada, tratando-se de criar uma tipo de interdisciplinaridade.

Assim, a especialização das ciências do homem é algo que pode mudar a compreensão efetiva do que é ou não é importante em termos de comunidade política. Contudo, a especialização, por outro lado, como também enfatiza Strauss, vai garantir o excesso nos procedimentos no garantismo cientificista. Assim, se um problema chega aos limites de seus pressupostos, há que se falar em filosofia. Se é verdade que a filosofia pretende examinar a realidade de forma desassistida, também é verdade que, na esteira de Bachelard, “o ato de conhecer dá-se *contra* um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização”¹³. Então, quando se fala em decisões judiciais, o que está em jogo é uma contraposição de pensamentos que surgem como camadas de esclarecimento e escurecimento conceitual a respeito de como se decide, juridicamente falando. Assim, diante do mistério da realidade do homem, a alma não pode ser alheia aos desenvolvimentos e retrocessos que a experiência da realidade nos causa. É claro que todos os argumentos favoráveis ou não a respeito dos golpes teóricos que sofremos vão depender da capacidade que precisamos ter de renovar nossos votos com o espírito científico.

Estou com Streck contra a opinião. Na verdade, esse é o objetivo da ciência. Lenio Luiz Streck foi quem, no âmbito do direito brasileiro, mais contribuiu para a libertação da ciência jurídica enquanto forma independente de se pensar a realidade do homem. Contudo, as limitações por ele pretendidas são ambivalentes. Em um primeiro momento a idealização do professor Streck ruma na direção de um afastamento do direito das amarras positivistas; em

¹³ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 30.

seguida, ele fala em se fazer filosofia *no* direito, significando respaldar o direito com os paradigmas filosóficos. Fazer filosofia *no* direito talvez seja o grande desafio para esse início de século.

Só se fala em ciência em contraposição às opiniões do senso comum. O contrário não procede e ainda nos deixaria suspensos no mar da incerteza pseudoteórica do vulgo, no sentido maquiavélico do termo. Mas, a mutação da realidade do homem muitas vezes contradiz os pressupostos da ciência. A vantagem de se falar em filosofia do direito é que há a necessidade de se vincular, sempre, qualquer resultado ou forma de abordagem a um resultado no mundo real. Com o advento da tecnologia dos últimos vinte anos, o que se vê é o crescimento desenfreado de ideias e opiniões alheias até mesmo em relação à realidade do homem. Nunca se viu o predomínio do senso comum como acontece nos dias de hoje. Diversos fatores contribuíram para que as ideias a respeito do direito fossem as mais variadas possíveis. Em todo caso, o que se sabe atualmente é que há uma gama enorme de formas de se analisar uma realidade jurídica. Há, portanto, análises econômicas, fenomenológicas, ideológicas, procedimentais, processuais, filosóficas etc. Contudo, ainda fica a pergunta: qual dessas abordagens é a mais eficaz em resolver os problemas do direito?

Com o advento do Estado Democrático de Direito, não há mais que se falar em um direito estático. O direito invade nossas vidas. Em um país como o nosso, que sofre com a judicialização da vida, precisamos de teorias do direito que realmente tenham a capacidade de tocar a vida das pessoas de forma a garantir os Direitos Sociais Fundamentais e todas as demais garantias constitucionais que chegam até nós na forma de um direito concreto. Por isso, a necessidade de se garantir alguns pressupostos científicos no direito precisa passar pelo crivo da ciência.

A ciência, tanto por sua necessidade de coroamento como por princípio, opõe-se absolutamente à opinião. Se, em determinada questão, ela legitimar a opinião, é por motivos diversos daqueles que dão origem à opinião; de modo que a opinião está, de direito, sempre errada¹⁴.

¹⁴ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 18.

Nesse sentido, justifica-se o fato de que as decisões judiciais assumem o papel fundamental no direito. Ora, se o direito é uma estrutura que se amolda à realidade das pessoas, apenas as decisões judiciais terão a capacidade de tornar reais os anseios e necessidades dos participantes de uma comunidade política em termos de direitos. As generalizações a respeito dos conceitos jurídicos criaram o que Streck chama de "*standards jurídicos*". Essas estruturas linguísticas existem, segundo ele, para negar a individualidade dos casos específicos e garantir o fetichismo jurídico, coisa que o professor Streck aprendeu com Warat que, já na década de 80, era um grande crítico da estrutura da argumentação jurídica¹⁵. O pensamento inventivo materializa as hipóteses de formação dos argumentos que estão baseados em uma pseudorealidade que ainda não encontrou base concreta no mundo dos fatos. Por isso, o desenvolvimento científico nunca é completo e, ao mesmo tempo, nunca é totalmente incompleto. Esse é justamente o paradoxo. Quando se fala e investigar determinado assunto, o que se sabe a respeito de um pressuposto geralmente nunca vai garantir a totalidade dos resultados que posteriormente serão alcançados.

Pode-se notar, então que toda pesquisa encontra respostas que são, às vezes, diametralmente opostas aos pressupostos que deram origem à dúvida científica. Talvez seja esse o problema da filosofia: a falta de resultados práticos de algumas áreas da investigação filosófica deixam a impressão de imprecisão e falta de coerência. É assim que o direito se insere no espírito científico como uma ciência rigorosa que clama por resultados homogêneos do conhecimento. Assim, a filosofia do direito precisa aprofundar o conhecimento dos obstáculos que pretende superar. Bachelard dizia que o pesquisador precisa saber para ter novas dúvidas¹⁶. Sobretudo, o direito como o conhecemos é prático e precisa de soluções práticas. Se a filosofia do direito é problemática, a filosofia geral é quase um buraco negro para aqueles que exigem resultados pormenorizados. Leo Strauss concebia uma filosofia meramente contemplativa. Eric Voegelin¹⁷, com quem Strauss manteve

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356.

¹⁶ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p.23.

¹⁷ VOGELIN, Eric. *Em busca da Odem*. São Paulo:, Loyola, 2011, p. 35.

diálogos muito produtivos, concebia uma filosofia que, necessariamente, precisa edificar o mundo dos viventes. No caso do direito, a meu ver, há que se falar em filosofia edificadora. O contrário seria apenas o conjunto de pressupostos filosóficos que não teriam muito contato com a realidade dos fatos sociais juridicamente modificáveis.

Ainda com Bachelard, “o espírito científico proíbe que tenhamos uma opinião sobre questões que não compreendemos, sobre questões que não sabemos formular com clareza”¹⁸. Isso quer dizer que uma discussão filosófica a respeito de qualquer coisa, no nosso caso, a respeito das decisões judiciais, é algo que carece sempre da participação integral de quem investiga e busca resultados específicos.

O obstáculo epistemológico sobre as decisões judiciais resume-se no fato de que cada juiz é uma pessoa. Em primeiro lugar, não se trata de criar nada novo que venha a destruir aquilo que já conhecemos em termos de experiências e vida prática. O problema da maioria dos teóricos do direito reside no fato de que o que se sabe sobre o direito ou sobre qualquer outro assunto sempre vai guardar uma quantidade valiosa de conhecimentos para que uma próxima etapa de esclarecimento conceitual seja alcançada. Em segundo lugar, na sequência dos acontecimentos, qualquer pesquisador que perceba o fato de que há sempre que se levar em conta o contexto no qual o homem está inserido vai estar muito à frente de qualquer outra abordagem científica ou não. Nesse ponto, a pesquisa fica realmente complexa, pois, se sabemos quais são os problemas que nos cercam, podemos prosseguir na busca pelos resultados. Agora, se os problemas não nos alcançam, como chegaremos a algum resultado satisfatório? O campo teórico é sempre um campo de pesquisa que existe na forma de uma sobreposição de posturas e entendimentos, mas:

Em primeiro lugar, é preciso saber formular problemas. E, digam o que disserem, na vida científica os problemas não se formulam de modo espontâneo. É justamente esse *sentido do problema* que caracteriza o verdadeiro espírito científico. Para o espírito científico, todo conhecimento é resposta a uma pergunta. Se não há pergunta,

¹⁸ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p.18.

não pode haver conhecimento científico. Nada é evidente. Nada é gratuito. Tudo é construído¹⁹.

Então, como garantir os Direitos Sociais Fundamentais por meio das decisões judiciais sem incorrer em decisionismos e arbitrariedades acaba sendo o ponto de contato entre as teorias e a realidade prática do direito., sendo este o problema a ser enfrentado. Se as decisões judiciais fazem parte do mundo jurídico, é bastante óbvio que precisamos de resultados científicos a respeito desse assunto. Isso quer dizer que, antes de tudo, o que se sabe sobre as teorias da decisão judicial é um esforço da participação do homem no complexo existencial. Antecipar os avanços e acertos que precisam ser feitos em termos de teoria política é uma questão de desenvolvimento social, política e, acima de tudo, filosófico de uma comunidade. Nesta altura da pesquisa, já fica evidente o fato de que algumas questões não se podem resolver com base no Direito Constitucional. Esse aspecto exige o pensamento filosófico desassistido. A filosofia desassistida é um problema, pois exige o pensamento independente. A título de exemplo, Mendo Castro Henriques dedica um de seus livros para aqueles que ousam pensar de forma independente. Então, se o pensar precisa ser independente, também é verdade que a solução precisa estar apoiada em aspectos de natureza humana: a filosofia não cai do céu, é produzida por homens concretos que vivem de forma concreta.

A construção é demorada. O Estado Democrático de Direito é resultado de uma luta incessante por direitos e garantias. Tais garantias precisam ser vistas e postas como possibilidade concreta de realização. O que importa, nesse momento é que os direitos sociais fundamentais sempre vão carecer de uma base corpórea, que chamamos de caso concreto. É claro que nem todos os direitos sociais fundamentais são o resultado direto de procedimentos judiciais, sendo que movimentos políticos e sociais também interferem determinadamente nesse aspecto, mas os compromissos estabelecidos na Constituição Federal garantem uma gama enorme de direitos e garantias das mais diversas possíveis.

Isso é assim porque após a Segunda Guerra Mundial o homem se viu inserido em um contexto de técnicas que desenvolveram o que se pode

¹⁹ Ibidem, p. 19.

chamar de excesso de especialização, que Leo Strauss²⁰ cunhou para fazer referência ao abismo existencial no qual o homem estava inserido naquela época. Pensava-se, portanto, que o homem poderia alcançar os limites de suas potencialidades. Contudo, acabou-se esquecendo de que a responsabilidade da existência é algo de que não se pode esquivar. Assim, os valores que eram assumidos pelo nazismo, por exemplo, estavam em rota de colisão com as necessidades globais de qualquer indivíduo. Assim, Strauss cunhou o existencialismo contra o relativismo, que era letal aos homens²¹.

Mesmo que se queira, as limitações da ciência jurídica se tornam claras nesse momento. Por meio de uma leitura dos fenômenos jurídicos, a compreensão do transporte que se faz do Direito Constitucional para a Filosofia do Direito vai depender da compreensão exata de quais sejam os limites de ambas as ciências. O Direito Constitucional esclarece que os juízes precisam decidir de forma correta. A Constituição Federal esclarece quais os casos em que o juiz pode não aplicar a lei. Contudo, quando um juiz aplica a lei de forma errônea ou com base em métodos de interpretação diferentes, a pergunta que fica é: como limitar essa aplicação? Esse é um ponto da pesquisa que precisa ser tocado pela filosofia! O grande embate entre as teorias da decisão gira em torno desse fato: como garantir que os direitos sejam alcançados por meio das decisões judiciais, que necessariamente precisam ser corretas?

Há centenas de autores que escreveram verdadeiros tratados sobre esse tema. No Brasil, podemos destacar Marcelo Cattoni, Alvaro de Souza Cruz, Lenio Luiz Streck, Luis Roberto Barroso etc, como sendo os mais proeminentes pesquisadores das teorias das decisão judicial e há linhas de pesquisa inteiras que dedicam seus esforços na investigação dessa trama.

O Direito Constitucional não consegue controlar o sujeito. Essa discussão, então, transborda os limites da jurisdição e bate na porta dos paradigmas filosóficos da modernidade. O homem da modernidade, que é aquele sujeito cuja certeza-de-si-do-pensamento-pensante guia sua relação com o todo, precisava ser superado. Tal superação só seria possível com uma análise metodológica -- não no sentido pejorativo -- que pudesse dar aval e

²⁰ STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 90.

²¹ STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 91.

fundamento necessário para o desenvolvimento de uma nova abordagem a respeito da vida. O próprio Gadamer acaba traduzindo todas as preocupações no início de *Verdade e Método*, onde esclarece que o seu objetivo era dar um novo rumo para as ciências do espírito.

Então, o que vai mover a estrutura da realidade é um problema do espírito do homem. Esse problema, pode-se dizer, é fruto de séculos de produção filosófica. Gadamer estava tão ciente desse fato que guarda o primeiro volume inteiro de *Verdade e Método* para analisar os diversos tipos de concepção que os mais famosos filósofos tinham sobre como se dá o conhecimento do homem. Nesse sentido, ele vai abordar temas referentes que compreendem a arte de Hegel que deve confrontar o homem até o imperativo categórico de Kant.

As críticas que se fazem a respeito dos aspectos gerais das decisões judiciais são muito complexas e sérias. Quando se trata da garantia dos Direitos Sociais Fundamentais, o problema fica ainda mais sério. Os problemas vão se amontoando como uma pilha de livros não lidos e a falsificação de pressupostos da realidade acabam se tornando relativos à forma com que se faz o direito na contemporaneidade. O esforço que se faz para a garantia da aplicação jurídica acaba tocando áreas correlatas das ciências humanas. O conhecimento precisa ser refletido e, na medida em que se torna crítico, pode efetivamente fazer alguma diferença em se tratando de direito. Há um esforço por trás de tudo isso.

Portanto, é o esforço de racionalidade e de construção que deve reter a atenção do epistemólogo. Percebe-se assim a diferença entre o ofício de epistemólogo e o de historiador da ciência. O historiador da ciência deve tomar as idéias como se fossem fatos. O epistemólogo deve tomar os fatos como se fossem idéias, inserindo-as num sistema de pensamento. Um fato mal interpretado por uma época permanece, para o historiador, um *fato*. Para o epistemólogo, é um *obstáculo*, um contra-pensamento²².

A visão que se tem do campo jurídico é resultado do esforço colaborativo e do desenvolvimento conceitual que o homem tem do todo a que ele pertence. Assim, pode-se dizer que há um problema que cerca a

²² BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 22.

racionalidade jurídica. Se, até um primeiro momento as decisões judiciais são o foco de atenção, pode-se perceber, então, que esse afunilamento é uma restrição das faculdades sociais de qualquer comunidade. A esse aspecto, Eric Voegelin chamou de “*autointerpretação*”²³. Isso significa que qualquer sociedade se desenvolve em relação com ela mesma; ou seja, não se pode construir uma realidade política na fórmula da tabula rasa. Essa fórmula inibe as operações inventivas dos indivíduos e, quando isso acontece, qualquer solução encontra os limites da forma estática. O que se pode deduzir agora é que as limitações da ciência jurídica procedimental são muito evidentes, de modo que recorrer à filosofia não se trata apenas de uma opção; antes, é a necessidade de um desenvolvimento que vem acontecendo nas últimas décadas no meio acadêmico.

Evidentemente, não se pode dizer que a filosofia procura a resposta final para todas as coisas ou a solução para todos os problemas. O caminho é inverso e a filosofia procura estabelecer a crítica que movimentava as águas do marasmo do senso comum, exatamente na medida em que o pesquisador se une ao tema e àquilo que quer encontrar. Acontece que, atualmente, há a concepção instrumental de filosofia. Miguel Reale deixa isso bem claro quando esclarece o fato de que a Filosofia, de forma geral, acabou criando a forma de uma enciclopédia das ideias no século XX, principalmente após o contato com a Escola de Viena, que inaugurou o neopositivismo²⁴. Em linhas gerais, essas observações fazem parte de uma construção que, durante muito tempo, passou despercebida por muitos teóricos das ciências humanas. O fato de que a linearidade nas concepções que temos de mundo ser inexistente causa no homem um incômodo, que Sartre denominava como sendo um tipo de *náusea*. A instabilidade dos sistemas jurídicos, mais do que nunca, têm causado esse sintoma no homem da pós-modernidade. Contudo, fica, ainda, a pergunta: a que devemos recorrer?

A filosofia propõe uma saída. Mesmo que, em um primeiro momento, o que se pretenda esteja muito nebuloso, o caminho filosófico vai garantir a guinada na investigação a respeito da estrutura das decisões judiciais e de sua problemática constitutiva. A abordagem pode variar muito, mas é certo que o

²³ VOGELIN, Eric. *Em busca da Odem*. São Paulo: Loyola, 2011, p. 32.

²⁴ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

tema precisa ser interpelado pelo pensamento crítico. Em se tratando de decisão judicial em tempos de pós-positivismo, há, basicamente, três correntes predominantes: i) a analítica procedural de Alexy, na qual a validação de uma decisão ocorre no sentido conteudístico dos argumentos; ii) as orientações comunicacionais de Habermas na Teoria do Agir Comunicativo, que podem ser remetidas, também, às matrizes estruturantes de Muller; iii) a análise feita pela hermenêutica filosófica, que aposta na integridade do direito (Dworkin), na tradição política (Gadamer) e na guinada linguística (Heidegger)²⁵.

Em pleno Estado Democrático de Direito, teorias finalistas deixam muito a desejar por não apelarem para a consciência do fundamento do Direito -- no sentido voegeliano do termo²⁶. Enquanto tentamos aprisionar o sujeito, há um mundo de experiências que acontecem na consciência de homens concretos. Tenho a impressão de que esse, talvez, seja o caminho a seguir. Contudo, ainda estamos muito distantes de uma conformação científica no sentido de se aliar a filosofia ao direito. Há uma quantidade enorme de linhas de pesquisa em Filosofia do Direito que deixam muito a desejar em termos de filosofia. Ora, a Filosofia do Direito precisa ganhar novo fôlego e demonstrar que, na realidade, sua vitalidade vai depender do empenho e compromisso de seus investigadores. Muito se confunde sobre qual seja, efetivamente, o papel de Filosofia do Direito.

Assim, em um primeiro momento, podemos dizer que a pesquisa vai ter o pano de fundo filosófico. É bastante claro que estamos a tratar de um tema que é jurídico e, conseqüentemente, constitucional. Mas as baterias que vamos disparar serão filosóficas e não constitucionais. Por se tratar de uma forma mais abrangente de método de pesquisa e possível obtenção de resultados, a escolha do caminho filosófico é resultado de uma maturação no pensamento que se propõe crítico. Não que o pensamento constitucional não o seja, mas, nesse momento, as armas filosóficas têm se demonstrado mais eficazes nesse tipo de pesquisa. Então, o leitor vai estar diante de um processo de mão dupla: em primeiro lugar, a abordagem será constitucional, pois só assim podemos ter o primeiro contato com o objeto de estudo propriamente

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504.

²⁶ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 400.

dito; em segundo lugar, a crítica será feita com base em fundamentos da filosofia *no* direito, que foi o caminho escolhido.

1.2 O PROBLEMA DOS PRESSUPOSTOS

Bachelard é sempre muito claro quando isso é levado em consideração. Para ele, a função de um pensar científico -- que aqui deve ser visto como sendo, também, filosófico -- deve ser o de colocar o indivíduo em constante choque com o todo que o cerca.

Logo, toda cultura científica deve começar, como será longamente explicado, por uma catarse intelectual e afetiva. Resta, então, a tarefa mais difícil: colocar a cultura científica em estado de mobilização permanente, substituir o saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico, dialetizar todas as variáveis experimentais, oferecer enfim à razão razões para evoluir. 24

Isso quer dizer, antes de qualquer coisa, que o pensar filosófico não pode ser resumido a uma série de sistemas de hierarquia, nos quais a mera exposição seria apenas uma necessidade lógica²⁷. Uma atitude crítica diante da realidade apenas será possível quando um ato de perplexidade ultrapassar a pessoa do pesquisador e conseguir transcendê-lo a ponto de se tornar real. O homem se assombra diante da natureza que o cerca e, assim, passa a ter como novo os velhos problemas que sempre existiram, mas que nunca foram vistos da forma que a filosofia nos propõe. É justamente por isso que essa parte da pesquisa é muito importante, pois limitar o alcance dela própria é uma questão de saber quais são os pressupostos desse complexo. Fora de uma reta de delimitações, a pesquisa precisa se assentar em pressupostos muito bem determinados, tais como a natureza do problema, as especificidades das soluções propostas e o alcance de tais propostas em termos de resultados práticos.

Por isso, quando se fala em decisões judiciais, quais seriam verdadeiramente os pressupostos que fazem com que uma pesquisa encontre resultados coerentes ou, na falta deles, possa, pelo menos, indicar um caminho a se seguir? “Talvez resida no problema dos pressupostos a principal diferença

²⁷ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03.

entre Ciência Positiva e Filosofia”, dizia Miguel Reale²⁸. Toda ciência positiva é, por definição, a construção de ideias com base em pressupostos sem os quais não seria possível fazer nada em termos de ciência. Em filosofia, o caminho é outro: partimos sempre da crítica dos pressupostos, que são evidências que não se pressupõe. A matéria proposta pode parecer genérica em um primeiro momento, mas pretendemos revelar um tema abordado por um ângulo diferente do habitual²⁹.

Uma vez que tivermos reconhecido que o problema dos pressupostos precisa ser alcançado, o problema do método acaba nos seguindo na sequência. Uma filosofia que não seja crítica não pode ser levada a sério; mas, também, uma filosofia que não possua um método acaba por deixar muito a desejar em termos de coerência lógica. Contudo, sem um critério seletivo, estaríamos a repetir tudo o que já conhecemos sobre o direito. Então, é nesse sentido que o corte epistemológico se dá na temática das decisões judiciais que, no entendimento mais corrente, precisam ser vistas com base em uma *filosofia crítica do direito*.

O que se pretende dizer, é que o Positivismo Jurídico passou a ser atacado pelas Teorias Críticas do Direito. Nesse sentido, a pós-modernidade trouxe diversas novas formas de se pensar o Direito, de modo que a necessidade de se adaptar uma série de conceitos passou a ser latente. Isso quer dizer que a crítica é o momento de culminação entre a teoria e a prática propriamente dita.

²⁸ Ibidem, p. 7.

²⁹ “A despeito da generalidade da pergunta, a matéria proposta não é uma resposta tão óbvia à estipulação como poderia parecer. Pois “fundamentos” ou princípios fundamentais, como entendidos em lógica, são os últimos axiomas, não dedutíveis, que são pressupostos nas proposições de uma ciência. Tais princípios podem ser explicitados através da análise se ainda não são conhecidos. São os axiomas de uma ciência -- não são axiomas da realidade investigada pela ciência. Por exemplo, considerai a grande contribuição deste século para a análise de axiomas matemáticos, os *Principia Mathematica*, de Russel e Whitehead. Os *Principia* tomam o conhecimento matemático existente como um dado. Os autores, então, procuramos axiomas subjacentes neste corpo conhecido de iluminações matemática e os tornam explícitos nos parágrafos 1-43 da obra. Uma vez que esses axiomas foram explicitados, Russel e Whitehead foram capazes de trabalhar com alguns problemas matemáticos, levando luz a seus conteúdos axiomáticos, e então os reformularam e esclareceram. Esta reformulação de problemas constitui o grosso dos *Principia*. Então, se consideramos a matemática, a física como modelos de ciência, não é autoevidente que um artigo acerca de fundamentos devesse fazer a pergunta sobre a própria realidade da matéria da ciência em questão.” In: VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 425.

Já a Crítica é o elemento que permeia todo o processo de conhecimento, não somente pondo em questão uma hipótese explicativa de um problema específico, mas suscitando uma atitude de desconfiança face ao conhecimento como tal, cujos objetivos e resultados são permanentemente questionados. Sendo assim, a Crítica vem a ser o elemento constituinte do método e da teoria crítica que se unem com o objetivo político e social a ser alcançado³⁰.

A Teoria Crítica do Direito foi pioneira nesse sentido, no de se antecipar aos problemas que eram sobrepostos em necessidades de interpretações variadas a respeito de uma mesma realidade. Para os adeptos das teorias da Escola de Frankfurt, existe um tipo de mitificação a respeito das relações entre as pessoas e o Estado, principalmente no que diz respeito ao condicionamento da vida coletiva.

A Escola de Frankfurt rompe com as formas de racionalidade que uniam a ciência e a tecnologia em novas formas de dominação, rejeita todas as formas de racionalidade que subordinavam a consciência e as ações humanas ao imperativo de leis universais, e ainda, fornece uma série de valiosos insights para o estudo da relação entre teoria e sociedade. No entanto, sua crítica da cultura, da racionalidade instrumental, do autoritarismo, e da ideologia, feita em um contexto interdisciplinar, gerou categorias, relações e formas de investigação social que constituem um recurso vital para desenvolver uma teoria crítica³¹.

Essa corrente e proposta de pensamento tinha como base a transformação da realidade em seus termos. Isso significa dizer que a Teoria Crítica do Direito antecipou o fato de que uma teoria crítica deve ser cognitiva, sendo, portanto, capaz de determinar e delimitar de forma satisfatória quais são os pressupostos pelos quais a veracidade ou falsidade de argumentos ou práticas pode ser demonstrada.

Os pensadores da Escola de Frankfurt criticam o fato de que as tendências positivistas passam muito superficialmente por todo o desenvolvimento da gnoseologia, desde Kant, atribuindo-lhes uma concepção ingênua sobre a teoria do conhecimento. Para eles, tal concepção pertence à história, pois ignora que o sentido dos enunciados sobre a realidade externa ao homem se forma anteriormente, dentro de um limite de relações de ordem transcendente. Para a Escola de Frankfurt é necessário ter em conta o sujeito cognoscente desde a continuidade da *práxis social*, pois a

³⁰ SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de; CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. Jan/jun, 2009, p.

3.

³¹ *Ibidem*, p. 4.

realidade objetiva a conhecer e face de um mesmo processo histórico, da mesma forma que o sujeito cognoscente³².

Se partirmos da suposição de que “o conhecimento científico é conhecimento no sentido da generalidade, enquanto o conhecimento filosófico é conhecimento do universal”³³, precisamos ter em mente o fato de que o direito é uma contingência que está presa em determinado momento do espaço e do tempo. Assim, no sentido mais benéfico do termo, a abordagem das teorias da decisão judicial por meio de uma filosofia crítica significa que se pretende fazer uma “apreciação de algo segundo determinado critério, tão certo como pensar é julgar”³⁴.

Em filosofia, empregamos a palavra crítica em um sentido ainda mais restrito. A crítica filosófica é sempre a apreciação dos pressupostos de algo segundo critérios de valor, tanto assim que se pode afirmar que toda crítica se distingue por sua natureza axiológica. Daí preferirmos a expressão “crítico-axiológica” para pôr em realce o elemento valorativo componente essencial do conhecimento crítico e como condição de sua objetividade.³⁵

Isso quer dizer que estamos, mais uma vez, diante de alguns problemas conceituais que merecem nossa atenção nesse momento. O problema que nos deparamos até agora diz respeito a como abordar uma temática. Recapitulando, a pergunta foi: a abordagem das teorias da decisão judicial deve ser Constitucional ou Filosófica? O que é, então, fazer uma crítica que seja, ao mesmo tempo, uma ciência e tenha um conteúdo condicionante do problema investigado? Tudo isso está guardado na relação que se faz entre um objeto a ser investigado e o valor que se lhe atribui. A postura filosófica de todos os grandes autores do século XX, que desempenharam um papel decisivo na análise dos maiores problemas da filosofia, é sempre o rompimento de um modelo padronizado e o estabelecimento de uma nova forma de se abordar um tema, ou seja, de forma crítica se atribui um valor que até então não era comum.

³² SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de; CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. Jan/jun, 2009, p. 7.

³³ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54.

³⁴ *Ibidem*, p. 55.

³⁵ *Ibidem*, p. 55.

Analisar o dinamismo de toda uma comunidade política por meio do direito é, assim, uma tarefa valorativa. Contudo, o horizonte histórico vai ser sempre o nosso limite de atuação no sistema a ser construído. Mesmo já tendo sido mencionado neste trabalho o fato de que o filósofo não é um mero reproduzidor de sistemas, fica bastante evidente o fato de que mesmo uma filosofia livre das amarras do positivismo precisa estar condicionada a um pensamento minimamente lógico. É como aquela pergunta muito capciosa, mas que faz todo o sentido: “Kelsen era sistemático? Explique sistematicamente”. Aceitar literalmente um sistema do conhecimento é, com toda a certeza, um erro, mas o filósofo precisa criar um sistema com base na investigação dos pressupostos de um determinado tema. Por isso, mesmo que a intenção de uma investigação seja muito simples, sua realização, no entanto, não o é quando se leva em consideração os apontamentos que até agora foram feitos. A pesquisa atribui ao tema central do debate um tom de preferência e, para saber se as preferências são, necessariamente, superiores uma às outras, os pressupostos precisam ser debatidos e os critérios de decisão estabelecidos.

Basicamente, na ordem de sociedades multiculturais, a delimitação dos limites de uma pesquisa precisa respeitar o caminho que se segue. “Quando fazemos crítica filosófica, em suma, o que procuramos conseguir são as condições primeiras, sem as quais a realidade não teria significação ou validade”³⁶. Podemos agora, dar um passo adiante e voltar ao problema dos valores. A linguagem filosófica é uma linguagem de sinônimos que vão ganhando aceitação ou a perdendo. Já foi dito que a filosofia crítica é a base dessa pesquisa e que sempre vamos cair no buraco dos valores. Agora, uma explicação possível vai ser o reflexo direto do plano que se assenta os antecedentes teóricos de qualquer teoria. Assim, em termos de Teoria das Decisões Judiciais, quais são os pressupostos que se assentam naquilo que chega até nós como uma teoria ou como diversas teorias das mais diferentes?

Podemos auferir, quais são as Teorias da Decisão Judicial que assumem, na pós-modernidade, um papel central no debate jusfilosófico. Isso demonstra que o enfrentamento da situação a que se refere essa dissertação,

³⁶ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

ocorre de forma muito distinta e com base em argumentos muito diferentes. Os vários autores que discutem esse tema estão inseridos em contextos filosóficos e jurídicos que podem ser muito diferentes e toda a experiência jurídica sofre diretamente com o toque dessas teorias. Sumariar as tentativas de enquadrar o Direito em um esquema argumentativo e interpretativo pode ser demonstrado da seguinte forma:

1. Há um pós-positivismo de matriz analítica que pode ser sentido em autores como Robert Alexy, bem como daqueles que o seguem no modo de sua teoria da argumentação jurídica. Esse pós-positivismo ou não positivismo não passa de um reforço do velho positivismo normativista (kelseniano-hartiano), sendo que a maior prova disso é que Alexy não abre mão da discricionariedade.
2. Podemos notar, também, uma orientação pós-positivista de cunho discursivo-comunicacional, que se manifesta, obviamente, na teoria do direito de Habermas.
3. Temos, também, uma matriz estruturante, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Muller, embora esse autor sofra uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano.
4. Por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológica, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser (embora se deva ressaltar sua vinculação à Jurisprudência dos Valores). Ainda, a minha *nova crítica do direito* (também denominada crítica hermenêutica do direito) possui raiz filosófica, optando por um antidiscrecionalismo e um antirrelativismo filosófico, além de apostar na existência de resposta corretas³⁷.

Desse modo, são essas as teorias mais proeminentes em termos de Decisão Judicial. Como pode-se notar, cada uma delas aponta para uma vertente filosófica diferente, intensificando, assim, o problema dos pressupostos. Tal problema, aliado ao fato de que se depende muito do Direito no Brasil, deixa as coisas complexas e o debate cheio de razões para ambos os lados. Apontando igualmente para a insuficiência de uma ou outra teoria, cada autor puxa a tendência jurídica para aquilo que diz respeito aos seus anseios. Por isso, há uma quantidade enorme de metalinguagens e discursos analíticos muito divergentes, nos quais as condições de interpretação passam por uma série de tensões diferentes em seus polos de atuação.

A grandeza desse tipo de debate se assenta no fato de que o Direito assumiu características de formação democrática como nunca vistas antes. Os novos paradigmas do Direito fizeram com que, no pós-guerra de 1945, as

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 503.

ideias de uma sociedade mista, pluridimensional e democraticamente constituída fossem necessárias, somente se tornando possível tal feito com base em pressupostos que deveriam ser produzidos democraticamente³⁸. O problema se intensifica quando se levanta a questão de estarmos inseridos em um contexto que depende totalmente de nós mesmos. Como já foi dito neste trabalho, o aspecto volitivo do homem entra em questão e pode mudar todas as peças desse jogo.

Podemos dizer, então, que o pressuposto que vai se assentar as diversas teorias a respeito das decisões judiciais é baseado na capacidade que o homem tem de se estabelecer em sociedade. Por isso, voltar “reflexivamente para a área da realidade chamada de existência humana é estudar criticamente o campo equivalente das experiências e das simbolizações que representam as imagens da verdade evoluindo na história a partir do processo anônimo da realidade”³⁹. Emancipar o homem das amarras que podem o prender a problemas conceituais muito antigos ainda é uma dificuldade, coisa que as teorias tentam fazer.

A nova ênfase que se dá, nesse começo de século, a respeito das Teorias da Decisão Judicial reside no discurso de que o sujeito que tem a certeza-de-si-do-pensamento-pensante -- sujeito cartesiano -- precisa ser superado. A busca pela morte da discricionariedade e pelo fim dos decisionismos vai depender da libertação do homem no mundo prático:

Assim, é possível dizer que esse mundo prático -- sequestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemo-metodológicas -- está centrado no “teatro do sujeito autocentrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis, proporcionando um “grande exorcismo da realidade” mantendo-a distanciada, “nada querendo saber dela”⁴⁰.

O problema se funda no fato de que o homem que decide é aquele que acaba criando o positivismo primitivo, que deu origem às discricionariedades e decisionismos. Por outro lado, não se pode imaginar qualquer tentativa de atuação social sem a participação efetiva de homens

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

³⁹ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 137.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

concretos em momentos bem definidos historicamente. As teorias da argumentação deixam de lado essa questão quando fazem suas apostas na direção da formação de teorias que se constituem de forma isolada da opção de classificação das autodeterminações do homem que age na história.

Nesse sentido, podemos definir o Positivismo como sendo o grande rival das Teorias da Decisão Judicial porque situa o indivíduo como sendo apenas reprodutor de dados sensíveis. Segundo os critérios do Positivismo, “a filosofia viria depois, como enciclopédia das ciências ou sistematização das concepções científicas”⁴¹. Assim, caberia ao filósofo apenas etiquetar as descobertas que foram feitas pelas cientistas nos mais diversos campos do conhecimento do homem. O Positivismo recebeu nova roupagem com o advento do Neopositivismo e o seu crescimento foi absurdo. A consciência dos princípios precisa remontar às origens de seu estabelecimento, coisa que só é possível, de forma consideravelmente longa, em um estudo mais aprofundado sobre o Positivismo e o Neopositivismo, por exemplo.

Contudo, em linhas gerais, podemos dizer que há basicamente três problemas facilmente identificáveis em questão nesse momento: i) a luta contra o positivismo, que deu origem às discricionariedades e decisionismos; ii) a inserção do Direito no âmbito das necessidades sociais que são a base do Neoconstitucionalismo; iii) o controle do sujeito que aplica o Direito. Essas são, assim, os perigos que as Teorias da Decisão Judicial enfrentam nesse momento.

O advento do Positivismo, por sua vez, tem influência ímpar nesse contexto. Com base no “esplêndido desenvolvimento das ciências naturais”⁴² somado ao fato de que “os métodos das ciências matematizantes do mundo exterior possuíam uma virtude inerente”⁴³, o Positivismo alcançou quase todos os ramos do conhecimento do homem. Assim, se não medirmos a adequação dos métodos empregados em detrimento dos avanços e retrocessos sociais, estaremos diante de problemas muito complexos, com os quais temos de lidar

⁴¹ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

⁴² VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 19.

⁴³ *Ibidem*, p. 19.

constantemente. Assim, uma das principais características do Positivismo é o uso do método como pertinência teórica irrevogável⁴⁴.

Por isso, “se, no entanto, ele for entendido como o propósito de tornar as ciências sociais “científicas” através do uso de métodos que se assemelham o mais possível aos métodos empregados nas ciências do mundo exterior, então os resultados desse propósito (embora não intencionais) serão muito variados”. No campo do Direito, o positivismo alcançou os campos jurídicos com base em argumentos de formação estrutural. Em um primeiro momento, sofrendo com os reflexos diretos dos desenvolvimentos trazidos com o capitalismo do século XIX e com o processo de sistematização da vida em sociedade, baseado no Poder Público, o positivismo foi o responsável pela enorme quantidade de codificações do direito. Para tanto, autores como Joseph Raz, Jules Coleman, David Lyons, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Raymond Carré de Malberg e Wilfrid Waluchow são fundamentais para esse tipo de tema. Assim, após a secularização desenfreada, um problema surgiu: como aplicar esse direito positivado?

Explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento⁴⁵.

No contexto jurídico tais expectativas precisavam alcançar as trincheiras do Direito de alguma forma. O caminho encontrado foi a criação de produtos diretos do parlamento, que criava as leis de forma positiva. Nesse sentido, surgiram os Códigos. Vale ressaltar que a forma com que o legalismo se desenvolveu nos diversos países foi muito diferente e vai de encontro com as necessidades de cada país, bem como atua de forma incisiva com base em pressupostos filosóficos determinados.

⁴⁴ Ibidem, p. 21.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

O problema ficou complexo quando se deu conta de que o Direito não cobre toda a realidade dos fatos. Assim, esse primeiro quadro deu origem a alguns movimentos de estudo a respeito do controle da interpretação dos fatos, mas que não teve grande impacto no direito como um todo. Em segundo lugar, o problema da metafísica se colocava em questão de forma contundente. A positivação, por definição, tinha o objetivo de eliminar os fantasmas da metafísica, que não eram bem-vindos nesse novo modelo de ciência.

Após o advento do positivismo no direito, dois momentos se sucederam em transformações decisivas. Em primeiro lugar, o positivismo se instalou como uma forma normativista de análise semântica. Assim, a Escola da Exegese na França, e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha, deram a nova forma para o problema da aplicação do direito. Nos termos propostos por Rudolf Carnap, esse primeiro momento pode ser enquadrado nos sistemas de análise sintática do direito⁴⁶. Nesse tipo de análise do direito, a simples ligação dos signos com a realidade seria suficiente para que o direito fosse supostamente aplicado de maneira cuidadosa e coerente. Praticamente nenhum rigor técnico e lógico existia nessa época⁴⁷, podendo ser definido como positivismo exegético.

Um segundo momento do positivismo foi marcado pelas características que moldavam as novas tentativas de realizar sistemas corretivos para a interpretação do direito de forma geral. Tais características tinham em mente a necessidade de adaptar o direito aos anseios sociais de forma mais rigorosa sem perder as características de uma estrutura lógica e padronizada. Ao contrário do que se pensa, as estruturas lógicas tem a tendência de serem falhas quando os seus resultados práticos não são

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

⁴⁷ “Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do criptograma do positivismo -, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

demonstráveis. Isso quer dizer que, em lógica, os princípios que vão nortear uma ciência são os últimos axiomas não dedutíveis que são pressupostos nas proposições de uma ciência⁴⁸. É nesse ambiente que se desenvolve esse segundo momento normativista do positivismo jurídico.

É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos uma ênfase na semântica⁴⁹.

O problema criado pro Kelsen é justamente o espaço de neutralidade que existe em sua teoria a respeito dos conceitos de objetividade formal. Em outras palavras, Kelsen abriu um espaço de mobilidade para que o interprete possa atuar na formação de proposições jurídicas. Basicamente, ele cria uma diferença entre um *ato do conhecimento* e um *ato da vontade*. “Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin”⁵⁰.

De forma mais simples, Kelsen se vê diante do fato de o direito estar desvinculado do mundo prático. Tal desvinculação cria um espaço de interpretação acidental para o direito. Assim, surgem os *atos de vontade*, que culminam na discricionariedade e nos decisionismos. Esse espaço de movimentação do intérprete cria problemas sistemáticos muito complexos, por meio dos quais as teorias derivadas dessa “movimentação interpretativa” se instalam.

Já de início, vale ressaltar que esse é o pressuposto no qual está assentado o direito contemporâneo. A distância interpretativa que está à disposição daqueles que aplicam o direito é reflexo direto das práticas

⁴⁸ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 425.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

solipsistas que estão inseridas nesse contexto de um tipo de “moldura semântica”, que foi inaugurado por Kelsen⁵¹. Disso vai decorrer os sentidos muito parecidos que Hart vai atribuir à sua teoria, que pouco difere da teoria de Kelsen.

Portanto, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da teoria do direito ou, em termos kelsenianos, da ciência do direito. E isso possui relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena⁵².

De tudo o que foi escrito até agora, podemos concluir que chegamos a uma das partes mais importantes do trabalho. Uma construção consideravelmente lenta foi feita nas páginas anteriores a fim de situar o trabalho no ponto central do debate a respeito da aplicação do direito: o exato momento em que o direito ganha vida por meio de aplicadores que fazem uso de sistemas de interpretação. Kelsen estabeleceu que a pragmática deveria ficar de fora da interpretação jurídica. A atuação da prática empírica estaria a cargo dos aplicadores do direito, de modo que a discricionariedade do intérprete fosse o ponto fundamental do direito. Assim, “Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da aplicação”⁵³. Nesse ponto, ainda se confunde com muita frequência o fato de Kelsen atribuir à sua teoria o nome de teoria “pura”. Não necessariamente o juiz deveria fazer uma interpretação pura da lei. Acredito que, com base no que foi dito até agora, pode-se perceber que esse pressuposto deixa uma margem de interpretação que fica sob a responsabilidade do intérprete.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

O problema das palavras passou a ser o foco de atenção dos pesquisadores dessa época. Acontece que, até então, a polissemia das palavras não tinha sido levada em consideração da mesma forma que o Círculo de Viena o fez. Os encantamentos que a literalidade das palavras causaram nos filósofos traz consequências até os dias de hoje em termos de aplicação do direito. Portanto, essa parte do trabalho, que cuidou do tema dos pressupostos deixa em questão o fato de que esses são os pressupostos que o direito contemporâneo se assenta: i) o juiz não se apega à literalidade da lei; ii) em consequência, há uma distância interpretativa; iii) as decisões são, nesse sentido, o resultado de um enquadramento polissêmico das palavras. Por isso, o centro do debate a respeito das Teorias da Decisão Judicial pode ser assim delineado na tentativa de se demonstrar se a literalidade é algo que está à disposição do intérprete ou não.

CAPÍTULO 2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO E AS DECISÕES JUDICIAIS

O neoconstitucionalismo faz parte de uma das fontes mais férteis de conhecimento que se produz com base nas pesquisas sobre o direito. O que se sabe, na pós-modernidade, sobre Direito Constitucional é o fruto direto de problemas que surgiram com o tempo, nos quais ainda podem se apoiar algumas teorias do direito. O argumento geral dos neoconstitucionalistas reside no fato de que as constituições estão cada vez mais dirigentes e tocam a vida das pessoas de forma atuante a cada dia que passa. Os Direitos Sociais Fundamentais nunca foram tão patrocinados como o são atualmente.

Esse fenômeno guarda real importância com a forma com que uma sociedade inteira pode se determinar e estabelecer enquanto comunidade política. Assim, a ciência política ficou perdida entre a excelência das ciências naturais e a indeterminação das ciências humanas. A gestão do poder precisaria ser substituída, então, por uma nova maneira de corresponder às variedades de invocações feitas pela comunidade política. Nesse cenário de indeterminação, as comunidades de modernidade tardia, como é o caso do Brasil⁵⁴, precisavam rever o discurso corrente a respeito de como se organizar com base em necessidades sociais muito gritantes. Decorre disso o fato do surgimento de movimentos de neoconstitucionalismo. Assim, a pergunta que se levantava era: dentro de quais limites deve se levantar o direito enquanto autoridade política?

É com base em caminhos contraditórios que a constituição surge como movimento de controle do poder absolutista e resistência contra a tendência do poder sob controle das minorias.

Mas de nada adianta definir realidades sem fundamentar as unidades relevantes de explicação. Como afirmou Leo Strauss, a urgência de uma barreira à anarquia primordial explica porque razão a ciência política moderna se preocupou mais com a obtenção de ordem política do que com a investigação das raízes e sentido da cidadania. O triunfo das ciências naturais dotadas de uma estrutura de base empírica na segunda metade do século XIX, veio sugerir outra base metodológica para a ciência política⁵⁵.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁵⁵ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 386.

É nesse cenário que se encaixa o constitucionalismo de forma geral. Uma fórmula precisava ser criada que pudesse combater os enlaces conceituais das diversas formas de se abordar o direito e, também, garantir que o advento do Estado Democrático de Direito fosse preservado. Assim, há uma política que está acontecendo a todo momento, mas também existem defesas constitucionais contra a influente força política que cria um espaço de discórdia entre a política majoritária e as garantias previstas no texto constitucional.

Esse problema tem sido apresentado de diversas maneiras, aduz Tribe, indagando: como se pode reconciliar o consentimento dos governados com a garantia de um consentimento ulterior mediante uma convenção constitucional? Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossa vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade de impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação à intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular?⁵⁶

Nesse contexto, e levando em conta o grande avanço das teorias constitucionais da segunda metade do século XIX, deve ficar claro que o constitucionalismo, de forma geral, se tornou condição de possibilidade para o perfeito exercício do regime democrático. Tal assertiva se constata pela formação de núcleos de desenvolvimento político e social, que são, hoje, uma ferramenta política muito importante. Assim, podemos dizer que a Constituição não vai impedir a democracia; antes, faz com que suas formas de atuação sejam possíveis em detrimento dos regimes totalitários.

Contudo, a Constituição Federal é o remédio contra os ativismos sem fundamento. Voegelin tinha uma expressão para a situação conveniente de uma comunidade perder o contato com o seu fundamento: a perda da realidade⁵⁷. Para o autor, qualquer comunidade política pode passar por crises existenciais, econômicas, políticas, guerras etc, e voltar a ter o mesmo formato inicial sem que nada tenha mudado. Para ele, tal acontecimento se deve ao fato de estarmos inseridos em um contexto social que depende da atuação

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁵⁷ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 300.

concreta de pessoas em um determinado lugar no momento histórico de suas existências. Com base nisso é que os movimentos sociais acontecem. Muito disso tudo faz parte dos temas que são levados a cabo pela Sociologia, mas pouco se sabe sobre como exatamente tais movimentações sociais se desenrolam no campo social como um todo.

Assim, se insere o conceito de *dirigismo constitucional*, que não deve ser confundido com normativismo constitucional. O resgate da historicidade que faz parte da formação de cada Estado em particular é o primeiro passo para a compreensão desse fenômeno. Nesse sentido:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos. A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria⁵⁸.

Deve ficar claro que os movimentos que deram origem ao constitucionalismo como o conhecemos hoje são frutos diretos de uma série de condicionamentos histórico e sociais ao longo do tempo, no que tange, principalmente, ao momento de reestruturação das nações após a Segunda Guerra Mundial. Tal cenário que deu origem ao desenvolvimento desse novo movimento jurídico teve fundamento em países de intensa produção jurisdicional constitucional baseadas em fundamentos romano-germânicos. Foram criados, para tanto, tribunais constitucionais em diversos países do mundo inteiro. O deslocamento do polo de tensão passa, assim, a ser feito de forma jurídica a fim de estabelecer uma relação direta e dirigente entre o Estado e a Constituição.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 3.

Mensurar até que ponto a justiça constitucional, encarregada de minorar os problemas sociais, foi ou não competente nesse primeiro momento, é uma tarefa impensável. Como o sistema jurídico se apresenta cindido em diversos outros sistemas, que não são unitários pelo simples fato de estarmos situados em realidades muito diferentes, o Estado como um todo, se não for amparado por uma ordem constitucional muito forte, corre o risco de passar apenas como uma imagem mimética de um objetivo que nunca vai ser alcançado.

Em nosso caso particular, o novo constitucionalismo dirigente passou a entrar em vigor com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez com o Brasil se situasse finalmente em um Estado Democrático de Direito bem estabelecido⁵⁹. O maior desafio que foi enfrentado por essa nova constituição foi o combate direto de resquícios do regime totalitário que assolou o Brasil por muito tempo. Durante o advento dessa nova constituição, diversas foram as tentativas de limitar o poder dirigente da constituição. Mecanismos políticos muito complexos e estratégias governamentais das diversas bancas que compunham o Senado Federal fizeram com que a Constituição Federal de 1988 fosse uma verdadeira cruzada⁶⁰.

Em menos de uma geração, nossa constituição passou de uma conquista técnica para o patamar de uma revolução democrática; ela teve, e ainda tem, a capacidade de mover as ideias das pessoas e de todos aqueles

⁵⁹ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.” In: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 3.

⁶⁰ “Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.” In: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 3.

envolvidos no cotidiano de pessoas comuns e comprometidas com o crescimento e desenvolvimento do país. Nesse contexto, está em questão toda uma história de crescimento e retrocesso que pode acontecer em toda e qualquer mudança política. Daí, decorre o fato de ser importante uma discussão a respeito de qual tipo de justiça constitucional se espera para uma nação, justiça essa que é responsável por cuidar do controle de constitucionalidade e da maioria dos atos políticos que acontecem em um país⁶¹.

Vale ressaltar que toda a evolução das Teorias do Estado aconteceu com base em pressupostos filosóficos determináveis. Há uma quantidade enorme de relações e fundamentos que envolvem toda uma realidade política e social. Leo Strauss tinha em mente esse fato quando concebia a realidade política com base em uma especialização que era composta pela decomposição das partes gerais em conteúdos específicos, a fim de que o investigador tivesse maior contato com aqueles pressupostos que eram definíveis apenas em forma genérica⁶². Como foi mencionado no tópico anterior deste trabalho, os pressupostos acompanham toda uma realidade do começo até o seu fim. Examinar os pressupostos é, então, uma questão de necessidade.

Por isso, o constitucionalismo, além do que já foi exposto, possui marcos filosóficos para a sua conformação. Esse dado demonstra que o choque de divergências sociais que pode embasar mudanças políticas também

⁶¹ “Decorre daí a importância que deve ser dada à discussão acerca do tipo de justiça constitucional encarregada de realizar o controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico de cada país. O deslocamento do polo de tensão relacionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte –stricto sensu – da cúpula do Poder Judiciário, trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo. Registre-se, desde logo, que o Brasil, durante o processo constituinte de 1986-88, optou por permanecer com o modelo do *judicial review* de inspiração norte-americana, rejeitando a fórmula dos tribunais constitucionais, de tanto êxito na Europa continental.” In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

⁶² “Puede decirse que la especialización se origina, en última instancia, en esta premisa: para entender un todo, es preciso descomponerlo o convertirlo en sus elementos, estudiar los elementos en sí mismos y luego reconstruir o recomponer el todo a partir de ellos. La construcción requiere una aprehensión anticipada y suficiente del todo, previa al análisis. Si la aprehensión primaria carece de exactitud y amplitud, tanto el análisis como La síntesis tendrán por guía una visión distorsionada del todo. La invención de una imaginación pobre y no La cosa em su totalidad. Además, el análisis solo ciscernirá, em el mejor de los casos, algunos de los elementos.” In: STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 52.

deve possuir um pano de fundo ideológico e, portanto, filosófico, no campo das ideias. Assim, o marco filosófico desse novo direito constitucional é o choque direto contra o positivismo, ou seja, o advento do pós-positivismo. As ideias que foram agrupadas pelo positivismo, quais sejam, a necessidade de se criar teorias capazes de dotar a realidade do homem de autenticidade quase que matemática, tiveram no direito um grande rival. O campo jurídico foi dominado por uma guerra de contraposições que tinham o objetivo de resguardar elementos filosóficos sobre a realidade dos fatos. Nesse contexto, podemos dizer que:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁶³.

Agora chegou o momento de analisar o advento da luta contra o positivismo. No tópico anterior, onde o problema dos pressupostos foi levantado, o positivismo foi abordado em sua forma constitutiva e o problema da aplicação do direito foi deixado em questão. Como o trecho acima demonstra, o pós-positivismo surgiu como uma necessidade contra um direito estático e pouco atuante. Deve ficar claro que o pós-positivismo, movimento entendido como sendo a tentativa de manter a constituição com o seu caráter dirigente e compromissório, não tem relação com os ativismos judiciais. É bastante comum pensar que os movimentos do pós-positivismo são ativismos judiciais. Mas, precisamos ter em mente o fato de que as questões de validade e normatividade já foram ultrapassadas, de modo que o positivismo se demonstrou insuficiente para analisar questões políticas e sociais, e também foi

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 4.

enganador quando o assunto foi a aplicação desvinculada da discricionariedade⁶⁴.

Parte da intenção do novo constitucionalismo, aquele entendido como sendo o movimento após a Segunda Guerra Mundial, deve ser concebido como “um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar e exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da democracia”⁶⁵. O problema se inseriu no contexto social como uma tentativa de reaver alguns avanços que ainda não chegaram até o Estado na forma de atos concretos de desenvolvimentos sociais. Assim, a constituição, a partir de agora, passou a ser vista como ferramenta para a efetivação de anseios pelos quais todos esperam.

Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico)⁶⁶.

O próprio contrato social estava em questão quando do surgimento desse novo movimento constitucional. Dito de outro modo, as tentativas do

⁶⁴“A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O póspositivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.” In: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 5.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

Estado de manter uma ordem social democrática só teriam sucesso se fossem realmente acessíveis a todos. Com efeito, o novo constitucionalismo não deve ser confundido com a tentativa de se solapar conquistas do passado; antes, o objetivo é dar continuidade ao processo de conquistas democráticas por meio de instrumentos capazes de limitar o poder das minorias e garantir a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Após esse despertar para o que se denomina hoje de Neoconstitucionalismo, diversas foram as teorias do direito que surgiram com base nessa forma de analisar o contexto jurídico-social. Até então, e esse era um requício dos movimentos constitucionais da Europa continental, as constituições eram vistas apenas como cartas políticas.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha⁶⁷ e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha⁶⁷.

Podemos, assim, entender com mais clareza o movimento do neoconstitucionalismo. Nesse momento, ainda não se falava em pós-positivismo. É preciso que se entenda que dentro desse movimento todo, aconteceram dois movimentos paralelos: i) os movimentos de “revitalização” das constituições após a Segunda Guerra Mundial; ii) o afastamento do positivismo jurídico. Contudo, só se fala em afastar o positivismo jurídico, ou seja, em pós-positivismo, após o advento do neoconstitucionalismo. Assim, o pós-positivismo surgiu em um segundo momento, em termos de interpretação e aplicação prática do direito⁶⁸.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 5.

⁶⁸ “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e

Em termos de praticidade constitucional, “coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”⁶⁹, que até então era apenas um conjunto de promessas vagas sobre mandamentos sociais que pouco tinham de prático e social. Nessa medida, podemos afirmar que o Neoconstitucionalismo, assim entendido, é um movimento de atuação em duas frentes. Em primeiro lugar, a prática jurídica precisava passar por um redimensionamento, que se deu na forma de mudanças na Teoria do Estado e da Constituição com o advento da Constituição Federal de 1988. Em segundo lugar, as teorias da interpretação do direito passaram por nova reformulação e vale dizer que esse foi um campo extremamente fértil para a produção das teorias sobre como se aplica o direito em termos fáticos. Uma quantidade enorme de teorias argumentativas, procedimentalistas, substancialistas e da linguística em geral passaram a tomar conta do debate a respeito do direito como um todo⁷⁰.

Por um lado, há uma nítida evolução do conceito de constituição, que era dominante e tinha raízes deitadas ainda no constitucionalismo político do século XVIII. Por outro lado, há grande impacto das novas teorias da interpretação jurídica, de modo que os postulados da hermenêutica clássica foram colocados em questão por meio do neoconstitucionalismo e de tudo o que esse movimento acarretou.

Por isso, o Neoconstitucionalismo é tão complexo e contraditório, uma vez que existem uma infinidade de teorias baseadas no seu advento. Para efeitos dessas reflexões, o movimento do neoconstitucionalismo tem várias fontes e causou vários resultados diferentes. O caminho até agora trilhado foi necessário para que se tivesse contato com o ápice do neoconstitucionalismo: a interpretação da lei. Essa parte do tema é particularmente importante porque

sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo.” In: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 6.

⁶⁹ Ibidem, p. 6.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

não se trata apenas de um movimento jurídico isolado; antes, todas as grandes teorias da interpretação jurídica são embasadas em sistemas filosóficos muito complexos, todos eles com divergências e convergências muito particulares.

Nessa medida é que se aborda o tema com elevado significado conceitual e prático para toda uma comunidade política. Ora, pressupondo que as argumentações são fruto de uma razão que atua no mundo de forma prática, podemos concluir, provisoriamente, que as decisões judiciais são dotadas de normatividade geral e potencialidade social. Uma vez que julgamos que as perguntas a respeito da interpretação jurídica são importantes, insinuamos, por óbvio, que a própria caracterização do tema é de muita importância.

A fim de discernir a essência e a especificidade da relação entre o direito e a comunidade política é que a interpretação da lei se impõe como um caminho do qual não podemos desviar. O fato é que o neoconstitucionalismo fez com que o direito constitucional ganhasse vida própria, mas que, necessariamente, só iria nos alcançar por meio da aplicação.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis⁷¹.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 6.

Esse trecho em particular somado ao fato de que o direito não conseguiria amparar tudo o que acontece no mundo dos fatos de forma satisfatória é que a interpretação jurídica ganhou a cena do debate acadêmico das últimas décadas. Nesse sentido, fica evidente o porque de se falar em pós-positivismo, uma vez que caberia ao juiz aplicar a lei. Essa função do juiz é bastante óbvia e totalmente necessária. O que se debate, nessa quadra do problema, são as discricionariedades e arbitrariedades perpetradas por esses mesmos juízes. Não há problema em dizer que o juiz possui uma distância de atuação discricionária quando vai decidir. O que se procura, então, não é afastar o juiz do caso em concreto; antes, tem-se em mente a necessidade de blindar a decisão contra atos discricionários. Assim, debate a respeito da interpretação da lei deu início ao que se chama, hoje, de Teorias da Decisão Judicial.

Com base nessa assertiva, uma quantidade enorme de métodos de interpretação do direito começaram a surgir. Mas, basicamente, os argumentos, em sua grande maioria são baseados no seguinte argumento:

O esquema sujeito-objeto está superado. O objeto não é uma simples presença. Além da ultrapassagem da metafísica clássica, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica superam o mito da autotransparência absoluta do sujeito, “a certeza de si do pensamento pensante” (Sebstgewissheit des denkenden Denken, na expressão de Gadamer). E essa superação vai se dar no ataque à tese central da filosofia da consciência, é dizer, o esquema sujeito-objeto, sustentada em um sujeito observador situado frente a um mundo entendido como a totalidade dos entes. “É possível extrair três teses que, de certo modo, Gadamer defende com relação a isto: primeiro, o objeto hermenêutico é determinado linguisticamente, ou ainda, o objeto hermenêutico é constituído pela lingualidade; segundo, o processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação é também determinado pela linguagem; terceiro, a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica⁷².”

O resultado natural dessa abordagem é excluir do centro de operações da vida do homem a consciência evanescente. O cientista, independentemente daquilo que procura, precisa iniciar sua investigação com uma experiência concreta que vai insinuar a possibilidade de compreensão e até mesmo de verificação daquele complexo. Michael Polanyi dizia que o

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

conhecimento de determinado problema é a posse cativante de um conhecimento ainda incipiente que, de forma apaixonada, precisa ser validado pelo investigador⁷³.

Isso quer dizer que, mesmo que se queira conhecer algo, a compreensão de um complexo de problemas vai depender sempre da participação do sujeito que se empenha em conhecer e que atende ao apelo do que precisa ser conhecido. Esse tipo de apelo que precisa de uma resposta que também ainda não é completamente compreendida pelo investigador pode receber o nome de “dimensão tácita”, termo que Polanyi cunhou para fazer referência ao conhecimento que é superior à capacidade de expressá-lo⁷⁴. Tanto os positivistas quanto os pós-positivistas, cada um a seu modo, tentam alcançar um conhecimento que seja, ao mesmo tempo, explícito, genuíno e ainda seja alcançável por meio de critérios totalmente evidentes. Isso equivale a dizer que a maioria das teorias espera um conhecimento totalmente objetivo, do começo ao fim. O problema aguça os sentidos quando se leva em consideração que “insistir nessa supressão seria potencialmente destrutivo para a verdadeira inteligência, que inclui, por natureza própria, um elemento subjetivo. A exigência objetivista, na verdade, fundamenta-se no pressuposto de que pode haver conhecimento sem a participação ativa de um conhecedor”⁷⁵

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade⁷⁶.

⁷³ WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 131.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 11.

A existência de problemas com a aplicação do direito deixou toda a temática muito contraditória. Muitas teorias passaram a fazer parte daquilo que conhecemos enquanto Teorias da Argumentação e Teorias da Decisão Judicial. Basicamente, como já foi mencionado neste trabalho:

1. Há um pós-positivismo de matriz analítica que pode ser sentido em autores como Robert Alexy, bem como daqueles que o seguem no modo de sua teoria da argumentação jurídica. Esse pós-positivismo ou não positivismo não passa de um reforço do velho positivismo normativista (kelseniano-hartiano), sendo que a maior prova disso é que Alexy não abre mão da discricionariedade.
2. Podemos notar, também, uma orientação pós-positivista de cunho discursivo-comunicacional, que se manifesta, obviamente, na teoria do direito de Habermas.
3. Temos, também, uma matriz estruturante, que está presente no pós-positivismo de Friedrich Muller, embora esse autor sofra uma grande influência da hermenêutica de corte gadameriano.
4. Por fim, há um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológica, que está presente nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em alguma medida, em Josef Esser (embora se deva ressaltar sua vinculação à Jurisprudência dos Valores). Ainda, a minha *nova crítica do direito* (também denominada crítica hermenêutica do direito) possui raiz filosófica, optando por um antidiscrecionalismo e um antirrelativismo filosófico, além de apostar na existência de resposta corretas⁷⁷.

Podemos, então, dizer que o problema geral do primeiro ponto da citação acima reside no fato de que “a subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas”⁷⁸. Por outro lado, o segundo ponto da citação acima é problemático porque:

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 503.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 9.

fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos⁷⁹.

Basicamente, Barroso, conseguiu demonstrar em poucas linhas quais são os problemas conceituais mais comuns das matrizes estruturantes (Alexy) e das matrizes que apelam para a formulação de uma racionalidade prática (Habermas). Em todo caso, agora podemos dar atenção exclusiva para as Teorias da Decisão Judicial. Há uma série de autores que já investigam as duas matrizes acima delineadas, de modo que este trabalho, a partir de agora, vai cuidar do último ponto que foi exposto acima, ou seja, no pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológica, que aposta no antidiscricionarismo e um antirrelativismo filosófico, além de apostar na existência de respostas corretas.

A escolha do tema a ser abordado na sequência do trabalho se deve ao fato de que as Teorias da Interpretação e Teorias Argumentativas de caráter hermenêutico-fenomenológico são, ao que parece, as teorias que guardam maior relação com pressupostos revolucionários em termos de Filosofia do Direito da última metade do século passado. Assim, a hermenêutica filosófica, que é a base de tais teorias, ganhou a cena quando deu razão aos debatedores pós-positivistas que procuravam uma forma de “matar o método” positivista de interpretação.

Objetivamente falando, Strauss concebia o problema da modernidade como um problema de conhecimento do *ser*⁸⁰. Abrindo o problema, surge o fato de que o ser, na esteira de Heidegger, é sempre um existir e esse existir vai exigir uma série de compromissos e responsabilidades dos participantes de uma realidade política⁸¹. O homem seria um projeto a ser trabalhado, que teria um resultado a ser alcançado. A finitude e a capacidade que o homem tem de acessar o *ser* seriam sempre um comando a ser aceito pelos próprios entes, que são, conseqüentemente, os entes de um *ser*. Não é

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007, p. 10.

⁸⁰ STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 54.

⁸¹ *Ibidem*, p. 55.

forçoso, portanto, admitir que realmente a guinada que aconteceu com Heidegger mudou de uma vez por todas as concepções que temos a respeito do direito. Heidegger não escreveu nada especificamente sobre o direito, mas sua análise existencial do direito fez com que o leque de opções teóricas se abrisse a ponto de conhecermos o *linguistic turn* como sendo o ponto fulcral de toda a filosofia moderna.

Com Heidegger e depois com Gadamer, a hermenêutica filosófica teve sua origem⁸². Podemos, com Bachelard, notar o quão grande foi o advento da fenomenologia aplicada ao direito. Assim:

Como na atividade científica, temos de inventar, temos de considerar o fenômeno sob outro ponto de vista. Mas é preciso legitimar nossa invenção: concebemos então nosso fenômeno, criticando o fenômeno dos outros. Pouco a pouco, somos levados a converter nossas objeções em objetos, a transformar nossas críticas em leis. Insistimos em variar o fenômeno no sentido de nossa oposição ao saber do outro.⁸³

Em contraposição aos saberes comumente aceitos, a hermenêutica filosófica de caráter fenomenológico precisava combater a natureza dos pressupostos do positivismo jurídico. Daí a necessária abordagem do tema, que Gadamer já dizia ser relevante pelo simples fato de ser necessário ao juiz adequar o direito às necessidades práticas quando de sua aplicação, não significando, contudo, que ele está liberado para praticar atos discricionários. A natureza dos julgadores precisava ser confrontada⁸⁴ a fim de que o modelo formal-exegético de Kelsen pudesse ser totalmente superado em função do advento do neoconstitucionalismo, sem, contudo, apostar no protagonismo judicial⁸⁵. Portanto, a partir de agora, o tema a ser abordado terá a base fundada nas Teorias da Decisão Judicial baseadas na hermenêutica filosófica,

⁸² Ibidem, p. 56.

⁸³ BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 26.

⁸⁴ “Eis, portanto, a tese filosófica que vamos sustentar: o espírito científico deve formar-se *contra* a Natureza, contra o que é, em nós e fora de nós, o impulso e a informação da Natureza, contra o arrebatamento natural, contra o fato colorido e corriqueiro. O espírito científico deve formar-se enquanto se reforma. Só pode aprender com a Natureza se purificar as substâncias naturais e puser em ordem os fenômenos baralhados.” In: BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 69.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

em especial: a Teoria da Resposta Correta, cunhada por Lenio Luiz Streck, importante jusfilósofo brasileiro.

Há uma quantidade enorme de pesquisadores que dedicaram praticamente quase toda sua vida na pesquisa de escolas filosóficas muito famosas ou de pesquisadores muito renomados. Esse é o caso de se verificar que existe uma infinidade de livros sobre Habermas, Heidegger, Gadamer e Alexy, por exemplo. No caso dessa dissertação, um autor brasileiro foi escolhido por se tratar de ser a mais recente tentativa de se criar uma Teoria da Decisão Judicial em nosso país.

Dessa forma, isso nos traz o problema com uma roupagem muito conhecida e que nos remete aos problemas jurídico-sociais mais comuns em nosso cotidiano. Além disso, o professor Streck é um pesquisador de rigor técnico e formal, que aborda o tema de acordo com a quantidade de suas variáveis e proposições de seus pressupostos. Assim, como o direito não fica estanque às mudanças paradigmáticas que nos cercam em termos de filosofia, o professor Streck cunhou o termo *Filosofia no Direito*, que julgo ser acertado na abordagem dos temas referentes às decisões judiciais. Por esse motivo é que vamos abordar, a partir de agora a Teoria da Resposta correta, que tem matriz fundada em Heidegger e Gadamer, inaugurando um importante debate sobre as Teorias da Decisão Judicial no Brasil.

CAPÍTULO 3 OS “QUÊS” E OS “PORQUÊS” DAS DECISÕES JUDICIAIS

Estamos atravessando o século no qual um novo tempo está ameaçando chegar. Contudo, uma carga muito grande de atuação foi depositada no judiciário e o que se vê é a judicialização da vida em comunidade. A reflexão contemporânea a respeito do direito precisa ultrapassar os limites e tentativas de introduzir apenas conceitos analíticos na pesquisa sem que escalas axiológicas possam existir. O direito se insere no contexto global da discussão a respeito da capacidade que o homem tem ou não de se organizar em comunidade. A consciência que experimenta a si mesma é a própria estrutura da realidade presente na consciência e que se desdobra em instituições e em comunidades inteiras.

No nosso caso, por se tratar de uma discussão a respeito do direito, o mínimo que precisamos fazer é um corte epistemológico e determinar qual vai ser o alcance dos argumentos. Em termos de teoria, essa dissertação não é exclusivamente sobre direito constitucional, pois está fundada na filosofia do direito. Mas, então, porque se trata de um trabalho de filosofia do direito? A resposta é relativamente simples, uma vez que o cerne da coisa toda em si diz respeito à capacidade que o aplicador do direito tem de seguir ou não as diretrizes jurídicas que são predeterminadas e encontram uma série de restrições. Em outras palavras, se o problema está nas decisões judiciais, trata-se, assim, de um problema filosófico, pois toca uma série de campos da atuação do homem enquanto participante de sua própria vida e da vida em comunidade.

Quando se fala em teoria da decisão, muito pouco se sabe sobre quais fundamentos filosóficos estão assentadas as principais cadeias de argumentos. Desse modo, quando se vê um Hegel dizer que a finalidade da arte é confrontar o homem, pode-se dizer que a finalidade da pesquisa filosófica também é mesma, ainda mais quando se fala em Estado Democrático de Direito, que é compromissório por definição. Isso quer dizer que a discussão estará bem delimitada se a compreensão a respeito do que realmente é uma teoria da decisão for estabelecida.

Gadamer já estava ciente, logo no início de *Verdade e Método*, que seu embate se dava no campo das ciências do espírito e por isso todo um novo

desenvolvimento teórico precisou ser feito. Conseqüentemente, a forma de se interpretar o direito, no âmbito das teorias da decisão modernas, passou a ser representado pela ciência prática da faticidade da hermenêutica filosófica. Tais questões ficaram evidenciadas apenas por meio do círculo hermenêutico, coisa que já pode garantir uma boa dose de discussões provocadas pela invariável necessidade que o homem tem de ser livre e buscar autonomia. Se esse aspecto for verdadeiro e condizente com a conformação da liberdade de atuação em sociedade, estaremos diante de um problema: como controlar a atuação dos indivíduos em sede de decisão judicial?

Essa é a pergunta que deve nortear essa parte trabalho, ainda mais quando estamos diante de uma mixagem, como diz o professor Streck⁸⁶, de teorias a respeito da argumentação jurídica e do espaço interpretativo que existe entre o indivíduo e a decisão. Acontece que, segundo os hermeneutas, aplicar é interpretar, de modo que essa suposta distância interpretativa ainda deve ser vista como sendo um resquício do esquema sujeito-objeto, que é resultado direto da metafísica assujeitadora. Em termos práticos, acredito que o problema seja outro: como controlar o interprete? Seria possível resolver os problemas das decisões judiciais em termos de um controle exato na forma de uma hierarquização de condutas?

É nesse suposto controle que os hermeneutas apostam suas fichas, mas fica a pergunta: como se faz isso? Se a Constituição Federal estabelece uma série de requisitos a serem preenchidos quando do não cumprimento da lei, como é que, em pleno Estado Democrático de Direito, os juízes ainda aplicam a lei de forma diversa? A série de questionamentos que me perseguem é exatamente a mesma que serve de base para as investigações dos hermeneutas, mas há a diferença de que eu não me filio à condição de controle do sujeito. Em termos práticos, isso é diametralmente oposto ao que se concebe como forma de atuação pessoal e interpessoal pautada em uma filosofia da consciência. Até mesmo a consciência histórica de Gadamer deixa a desejar o ponto de contato entre a historicidade e a atuação dos sujeitos no

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

complexo existencial da comunidade como um todo. Esse é o tipo de constatação que Ricoeur nos dá⁸⁷.

Os problemas modernos acerca do direito ficam mais graves quando se leva em consideração o fato de que ainda vivemos em um país de modernidade tardia. Por isso, estou com o professor Streck quando ele diz que precisamos urgentemente de uma teoria da decisão judicial que tenha a capacidade de comungar os compromissos constitucionais com as necessidades sociais do nosso país. Isso se justifica pelo fato de que temos uma constituição extremamente compromissória e dirigente, coisa que pode dar margem a muitos equívocos teóricos e práticos no direito. Nesse sentido, garantir a aplicação do direito passa a ser uma questão fundamental para a manutenção da democracia. Não se trata de monopolizar a política por meio do direito, mas vivemos em uma época que retrata muito bem a judicialização como forma de vida do brasileiro.

É por isso que o direito passa dos limites dogmáticos e semânticos de uma aplicação procedimental, como iria sugerir Habermas, e integra toda uma série de movimentos ideológicos, nos quais estão inseridos os legisladores e juízes. Então, seria uma ilusão dizer que vivemos um direito totalmente puro. É claro que essa evidência se constata de forma menos transparente quanto se deveria, mas a ideia de que o direito é correlato à moral mas que não pode se contaminar por discursos ideológicos é um engano. Entretanto, o direito ainda precisa ser aplicado e não se pode fugir disso, ficando a pergunta: como limitar ou “calibrar” o espaço de interpretação que existe entre o caso concreto e o juiz?

A garantia de uma boa discussão sobre o tema vai depender da exposição de duas formas distintas de se pensar a aplicação do direito, ambas opostas, mas que estão no centro do debate acadêmico sobre as decisões judiciais. Modernamente falando, esse tema assumiu a roupagem das teorias do discurso, mas pouco se sabe sobre os atos operativos da consciência, que muito interferem na concepção que se tem ou não a respeito da argumentação geral. Isso quer dizer que a linguagem, de forma geral, tem sido o alvo do debate acadêmico a respeito de como se aplica ou não o direito, mas foi

⁸⁷ RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 253.

ignorado o fato de que a consciência do sujeito ainda é uma parte determinante naquilo que se pode denominar como sendo a *intencionalidade*. Se a intencionalidade é determinante, então esse é um aspecto que se deve levar em consideração quando do exame desse tipo de assunto.

Uma decisão judicial é uma decisão que é fruto de uma série de operações feitas por indivíduos concretos. Se isso é verdade, a análise da intencionalidade deve passar por uma série de caminhos diversos que vão culminar no resultado final que é a sentença judicial. Por trás desse emaranhado de ideias e conceitos que podem surgir diversas formas de se interpretar a realidade e a briga acaba sendo grande. Sobre as decisões judiciais há uma série enorme de teorias. Algumas são argumentativas, outras filosóficas e outras totalmente jurídicas. O que vale lembrar é que todas as teorias tentam encontrar um denominador comum: resolver o caso da aplicação do direito. As teorias, de forma geral, são finalistas, que tentam decifrar a realidade do homem por meio de análises procedimentais que levam em consideração poucos aspectos antropológicos do homem. Assim, em termos teoria da decisão judicial, há pouco estudo que faça algum tipo de ligação com as linhas de pesquisa mais famosas da filosofia.

3.1 A VIRAVOLTA LINGUÍSTICA

A guinada linguística ou, como comumente falam os hermeneutas, a viravolta linguística se deu em termos de filosofia e, depois de um longo processo de desenvolvimento conceitual, passou a integrar os campos do direito e de sua aplicação. Tal guinada foi necessária porque até então não se tinha uma visão unitária da linguagem, coisa que era necessária e urgente, segundo os hermeneutas. Então, passou-se a investigar de forma direta e exaustiva quais seriam, efetivamente, as relações entre a linguagem e a vida dos homens de forma prática.

Assim, linguisticamente falando, antes da guinada, a linguagem era vista apenas como uma ferramenta que existia para ser usado pelos interpretes do mundo dos fatos para que a conformação da vida real fosse possível. Esse procedimento que aparentemente é relativamente simples guardava em seu cerne uma discussão muito antiga: a linguagem determina ou é determinada?

Por isso, o papel inicial da guinada linguística era demonstrar que “mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática”⁸⁸.

Antes de prosseguir, contudo, o pano de fundo da guinada, que, nesse momento, ainda não era aplicada ao direito, era o combate direto com as metafísicas que eram muito famosas até o século XVIII e contra a filosofia da consciência, fundada no *cogito* de Descartes. Os motivos que levaram a uma guinada da linguagem não são tão óbvios assim e demandaram muito tempo e diversos autores nessa empreitada. Abordar a realidade do homem com base na linguagem e determinar os alcances e enlaces dos procedimentos pelos quais se constitui a vida prática era uma necessidade.

Até o momento anterior à guinada linguística, a linguagem era vista como mero acessório que se colocava em contrapartida com a vida prática e com a necessidade que temos de nos exprimir. Com Kant, a linguagem era transcendental, de modo que a guinada precisava mudar o rumo do esquema linguístico e libertar a linguagem do sequestro metafísico.

É justamente esse passo que converte a linguagem em uma instância que entra em competência com o Eu transcendental, na medida em que agora devem reclamar-se para a linguagem idênticas funções constitutivas do mundo. Daí que a autora assevera que os aspectos filosoficamente relevantes desse “giro linguístico” podem ser assim detalhados: por uma parte, como consequência da superação da concepção de linguagem como instrumento e precisamente a causa da consideração da linguagem em sua dimensão constitutiva tanto para o pensamento como o conhecimento, a linguagem em vista como a condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação. Por outro lado, essa superação (das premissas centrais da filosofia transcendental) se obtém precisamente ao preço de uma destrancendentalização, uma vez que as linguagens históricas, que agora devem ser consideradas como constitutivas, não podem servir de equivalentes da “consciência em geral”, isto por duas razões: primeiro, porque tais linguagens aparecem sempre em plural e, segundo, porque não permitem nenhuma separação estrita entre o empírico e o transcendental (ou entre o que nelas deve ser considerado válido a priori e aquilo que deve sê-lo a posteriori)⁸⁹.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

A crítica que se faz, portanto, diz respeito ao fato de Kant, supostamente, não ter batido nas portas da linguagem em sua teoria, deixando de lado a possibilidade de conhecimento que, segundo os hermeneutas, se dá por meio da linguagem. Além disso, Kant não teria ilustrado as origens da linguagem de forma a situá-la como condição de possibilidade da existência prática do homem no mundo dos fatos. Assim, a margem do *sensível* seria muito pequena para a construção de um porto seguro para a existência do homem de forma integral, sendo necessário que se abrangesse de forma constitutiva a linguagem com toda a sua capacidade performativa.

O problema é que a linguagem era vista, então, como uma finalidade e não como condição de possibilidade, como encontro entre a realidade e o pensamento. Portanto, a linguagem precisava ser vista como sendo a possibilidade de se dizer e conhecer o *não-dito* e não apenas como tendo a finalidade de explicitar algumas possibilidades já preexistentes na vida dos fatos como a conhecemos. A visão de que a linguagem era a síntese do múltiplo precisava ser ultrapassada com urgência.

Nesse ponto em particular consiste um dos principais motivos que deram possibilidade para a guinada linguística: criar uma visão empírica de individualidade/coletividade para a linguagem. A germinação da pergunta a respeito da linguagem fez com que se percebesse o fato de um existir por meio da linguagem. As referências meramente textuais que eram direcionadas às linguagens, por vezes, excluía um *realizar* implícito na própria linguagem⁹⁰.

A linguagem não seria um tipo de ponte de acesso ao mundo dos fatos apenas; antes, ela seria a possibilidade de se constituir a condição da existência do homem enquanto homem e enquanto ser participante de uma realidade. A linguagem só é linguagem enquanto apresenta o mundo que nos

⁹⁰ “A concordância de Gadamer com Humboldt também reside no fato deste dizer que a linguagem não é somente uma das qualidades/instrumentos que possui o homem para estar no mundo, senão também que ele, o homem, em seu estar no mundo, é decorrente de sua constituição linguística. Seu estar aí no mundo só tem sentido segundo sua inserção linguística nesse mundo, o que explica a frase de Humboldt, de que a linguagem é uma visão de mundo. Com isto, o sábio de Tegel (assim Gadamer se refere a Humboldt) quer dizer que a linguagem afirma frente ao indivíduo pertencente a uma comunidade linguística uma espécie de existência autônoma, e que introduz ao indivíduo, quando este cresce nela, em uma determinada relação com o mundo e em um determinado comportamento a respeito dele. Mais importante ainda é o dizer de Humboldt, de que a linguagem não a firma uma existência autônoma do indivíduo frente ao mundo que fala através dele.” In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123..

cerca como uma possibilidade a ser vivida. Fazer parte do mundo não seria apenas nomear coisas e coisificar a realidade; seria, portanto, com o advento da guinada, participar da mundanidade que cerca a todos que nos impele a uma vida. Até agora, vimos como se deu, de forma muito prática a guinada linguística e a abordagem do mundo por meio da linguagem. Um segundo momento foi necessário para que a linguagem invadisse, de uma vez por todas, a filosofia como um todo. Nas pessoas de Saussure e Pierce é que o mundo se abriu na forma da linguagem. Podemos dizer, basicamente, que ambos os autores, mesmo com diferenças em suas teorias, queriam romper com os dualismos do esquema sujeito-objeto que a filosofia da consciência ainda tinha como forma padrão.

A Semiologia de Saussure tinha o objetivo de cuidar dos signos e das leis que os regem. Para ele, o signo é a combinação da imagem e da acústica, que pode ser dividido, basicamente em quatro partes constituintes: i) a arbitrariedade não está a disposição daqueles que vão fazer uso dos signos; ii) a lei da tradição nos impele a guardarmos a relação dos signos com sua significação; iii) a mutabilidade dos signos também é uma condição do próprio signo, pois ele se coloca no tempo e tem uma continuidade; iv) os signos se unem a sua capacidade acústica apenas quando estão em contato, como numa linha do tempo, com sua significação. Assim, de forma muito acertada, a contribuição de Saussure reside “na tentativa de reconstrução, no plano do conhecimento, de um sistema teórico que explique o funcionamento dos diversos tipos de signo”⁹¹.

Em segundo lugar, temos o projeto pragmático de Pierce. Nesse sentido, “para a elaboração de sua semiótica, Pierce faz uma forte crítica ao cartesianismo. Diz que a maior parte dos filósofos modernos é cartesianista. Por isto, a lógica e a ciência moderna necessitavam de uma plataforma diferente”⁹².

Daí a elaboração por Pierce de quatro negativas ao cartesianismo: a) não temos capacidade de introspecção e todo conhecimento do mundo interior deriva de nosso conhecimento de fatos externos através do raciocínio hipotético; b) não temos poder de intuição; cada cognição é logicamente determinada por cognições prévias; c) não

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129.

⁹² *Ibidem*, p. 130.

podemos pensar sem signos; d) não concebemos o absolutamente incognoscível⁹³.

Pierce tinha em mente um projeto fenomenológico. Por isso é que abordava a existência dos signos totalmente vinculada, de forma pragmática, à existência prática de qualquer pessoa no mundo. Daí deriva o problema da aceitação do próprio problema, uma vez que a diferenciação paralela que não se fez sobre a filosofia da consciência minou toda uma série de conceitos práticos indispensáveis à vida cotidiana. Na verdade, esses conceitos são uma forma de demonstrar como a consciência pode atuar de forma intencional, mas, mesmo assim, não deixa de ser um ato consciente de reconhecimento. É muito óbvio que, se a consciência realmente trabalhar de forma intencional, uma série de conceitos precisavam ser trabalhados pelos hermenêutas. Dessa forma, as teorias dos signos deram um novo fôlego para a filosofia. A invasão que a linguagem promoveu foi irreversível e hoje se discute a linguagem em todos os termos que se pode imaginar. Para Pierce, então, o homem se constitui nos signos que via utilizar, sendo o homem o próprio signo. Desse modo, Pierce deu origem à absorção fenomenológica da linguagem por meio do estudo dos signos. Um tipo de tecido foi criado com base na existência fenomenológica dos signos que constituem nossa abertura ao mundo.

Por isso, é necessário alegar que, se o direito é fruto dos atos operativos, há chances de estarmos diante de uma estrutura transcendental que ainda não conhecemos bem. As experiências individuais nos interpelam novamente e assumem a concretude dos atos jurídicos que alteram o mundo de alguma forma. Então, se a ordem social precisa passar da pessoa para a comunidade como um todo, pode-se acreditar que as decisões fazem referência direta àquilo que Streck alega ser o monstro invisível da pós-modernidade: o sujeito solipsista. Agora, se esse sujeito pode ou não ser controlado, é uma questão a ser provada.

3.2 A GUINADA LINGÜÍSTICA NO DIREITO

A guinada linguística precisava tocar o Direito em sua inteireza. Para tanto, alguns procedimentos foram criados com a finalidade de modificar,

⁹³ Ibidem, p. 130.

de uma vez por todas, a dogmática jurídica de forma geral. Assim, o modelo dogmático, firmado na metafísica clássica que tinha a relação sujeito-objeto⁹⁴ como centro norteador, precisava ser ultrapassada. Desse modo, não se concebia mais os tipos clássicos de interpretação do Direito com base em métodos que, segundo os hermeneutas da guinada, ainda estavam todos corrompidos pela metafísica que ocultava a verdade do mundo prático.

No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que “nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado. Daí porque um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: “a recusa de uma concepção metafísica do Direito não se faz sem problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma no Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável⁹⁵.

Uma das características mais marcantes do pensamento moderno consiste em tentar dar ao homem as condições de possibilidade para um pensamento seguro e verdadeiro, livre de subjetivismos e de substâncias a serem encontradas. Assim, em termos de Direito, diversas foram as contribuições para a construção de uma teoria compacta e reveladora. Podemos ver, por exemplo, em Hart, a tentativa de abrir o Direito para uma textura argumentativa que não se procede de forma autônoma. Contudo, Hart ainda deixa a cargo do juiz um ato discricionário que deverá ser o resultado direto da aplicação da lei. Hart é muito criticado por Dworkin, que nega a

⁹⁴ A relação sujeito-objeto é um dos temas mais espinhosos em termos de filosofia. Pode-se dizer que esse esquema é o resultado de uma tradição filosófica que remonta a tempos muito antigos, que leva o nome de metafísica. Em todo caso, a metafísica é um ramo da filosofia que recebeu a atenção de muitos filósofos e pensadores. A superação da metafísica pelas linhas de pesquisa da linguística em geral foi um projeto que foi desenvolvido a longo prazo e que leva o nome de guinada justamente por esse fato de ter sido uma suposta superação.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

existência de uma suposta textura argumentativa que vai “abrir” o Direito. Para Dworkin, o Direito precisa ser escrito na forma de um livro, mas feito por diversos autores. Nesse sentido, todo juiz tem a responsabilidade de dar uma resposta correta, ou seja, com base no capítulo anterior, respeitando o que Gadamer chamaria de *tradição*.

Mesmo com todos os avanços perpetrados por essas escolas filosóficas, a própria enunciação do texto jurídico ainda não tinha sido levada a sério. A enunciação do texto era a condição de possibilidade que faltava para que uma teoria fenomenológica fosse realmente possível. Na verdade, todos os problemas foram levantados pela hermenêutica tradicional da guinada, quando a linguagem invadiu a filosofia e o Direito; mas foi com Heidegger e Gadamer que a guinada teve o seu apogeu, quando Heidegger passou a pensar a hermenêutica como sendo filosófica e, mais do que tudo, uma questão de ontologia, que até então não tinha sido objeto de análise nesses termos, inaugurando um novo momento⁹⁶.

Esse passo que foi dado na direção da enunciação do texto tinha como fundamento a compreensão, que era o ponto fulcral de toda a tentativa de se estabelecer o vínculo entre uma realidade e o todo que ela vinha a fazer parte. Assim, não se fragmentaria mais o texto em partes na procura de sentidos desvinculados do seu centro motivador de enunciação. A compreensão passou, assim, a ser o primeiro elemento de real importância para a guinada no Direito. Esse elemento visa evitar que a compreensão seja cindida da aplicação. Portanto, compreender é estar no mundo, é fazer parte da enunciação do texto.

A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é

⁹⁶ “Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a ideia de que o horizonte de sentido é dado pela compreensão. É na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157.

universal, pertence ao ser da filosofia, pois como assinala Palmer, “a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem”⁹⁷.

Podemos entender, agora, de maneira clara, como se deu, no âmbito da guinada, a viravolta fenomenológica que fez a filosofia ser invadida pela linguagem e o Direito ser invadido pelas formas de interpretação da vida com base em uma enunciação englobante e universal. Assim, até então, os métodos utilizados eram meramente reprodutivos e criadores de sentido, de forma objetivista e pouco, ou quase nada, pragmáticos. Por isso, o processo de produção dos textos jurídicos, interpretação e aplicação eram vistos como sendo parcelas diferentes e divergentes de um mesmo problema. Agora, com a análise fenomenológica da realidade por meio da linguagem, tem-se a necessidade de entender que compreender é aplicar e também é condição de possibilidade para a abertura do Direito para o mundo prático.

Os discursos jurídicos estavam totalmente dominados, segundo os hermeneutas, por uma visão retrograda que diz respeito ao mero consumo das palavras, como se fosse possível determinar quais seriam os seus sentidos em um mundo prático. Desse modo é que a interpretação precisava ser alcançada pela hermenêutica, que com Heidegger e Gadamer, passava a ser chamada de *Hermenêutica Filosófica*, de matriz fenomenológica e existencial.

O Direito passou a ser visto como um Direito que age na vida das pessoas. Nesse sentido, precisava-se de um tipo de interpretação que desse conta não apenas dos enunciados de um tipo jurídico, mas de toda uma realidade política e social que estava sendo tocada por um Direito que, como já foi mencionado neste trabalho, era edificador e modificava a vida das pessoas, principalmente com o advento do Neoconstitucionalismo, que é compromissório por definição. Os modelos essencialistas de interpretação do Direito estavam esgotados e as escolas analíticas da filosofia já não davam conta da quantidade de perguntas que eram levantadas a respeito da vida em comunidade, critérios de verdade etc.

A significação do Direito teve o seu polo de tensão modificado: antes do advento da guinada e o Neoconstitucionalismo, o Direito era visto como um

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

corpo fechado de signos e proposições que guardavam em sua essência um significado muito preciso. Assim, o discurso jurídico, mesmo possuindo uma gramática específica, atuando em ambientes determinados e com uma função própria, estava deixando a desejar em sua relação com o mundo dos fatos. No esforço de tentar diferenciar quais sejam as necessidades e especificidades de todo o âmbito do Direito é que modificou-se profundamente a visão que se tem a respeito do próprio conteúdo do Direito⁹⁸.

A formação do Direito com base na guinada da hermenêutica filosófica tinha o objetivo de demonstrar que “o homem aparece essencialmente mergulhado numa história do ser, da qual ele mesmo não tem notícias, por causa do esquecimento em que se movimenta a metafísica⁹⁹”, de modo que uma libertação era necessária a todo custo, pois “o homem da metafísica vive o esquecimento de sua própria essência¹⁰⁰”. A tarefa inicial desse movimento era exorcizar de uma vez por todas a filosofia das amarras metafísicas que ainda nos cercavam. É nessa esteira que Heidegger preconiza a libertação da filosofia que, segundo ele, concebia a ideia de *ser* de forma errada, pois:

Primeiro, que o ser sempre foi compreendido como ligado ao tempo; segundo, que a tradição não procurou pensar o que realmente quer dizer tal vínculo; terceiro, que, pelo contrário, ingenuamente, compreendendo o tempo apenas em seu sentido vulgar; quarto, que o ser não é pensado, em seu sentido, a partir do tempo. Revelando toda a história da filosofia, essa relação entre ser e tempo, é preciso pensá-la explicitamente. Essa explicitação exige, primeiro, que se explicitem as estruturas temporais do ser-aí; segundo, que, a partir da temporalidade autêntica do ser-aí, se determine o tempo como horizonte do sentido do ser; terceiro, que essa explicitação seja necessariamente auxiliada pela destruição ou repetição da história da ontologia à luz da problemática da temporalidade; quarto, que, assim, se manifeste o tempo, originariamente ligado ao ser¹⁰¹.

⁹⁸ “O discurso do Direito (discurso legislativo) possui uma gramática jurídica específica: há uma gramática distinta da gramática natural, com a intenção de não deixar ambiguidades, aparecendo como uma sintagmática preocupada com a formação correta dos enunciados, em um quer dizer inicial com a formação correta dos enunciados: a) enunciados qualificativos, que atribuem determinações aos objetos discursivos constituindo-os em objetos semióticos e, b) enunciados funcionais, que determinam a esfera de fazer destes objetos.” In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

⁹⁹ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p. 338.

¹⁰⁰ Idem, p. 338.

¹⁰¹ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p. 334.

Stein resume de forma muito acertada quais eram, ao tempo em que Heidegger cunhou *Ser e Tempo*, os objetivos daqueles que viriam a cunhar, na sequência a hermenêutica filosófica. Com Gadamer, a hermenêutica filosófica ganhou os campos das teorias argumentativas e alcançou, dessa maneira, o Direito. Heidegger nunca escreveu nada específico sobre o Direito, mas contribuiu de forma decisiva para tudo o que viria acontecer a respeito da problemática da aplicação do Direito em tempos de pós-positivismo.

De modo muito original, a filosofia nunca mais seria a mesma. Heidegger conseguiu responder a alguns anseios daqueles que procuravam um conhecimento que fosse, na medida em que a hermenêutica filosófica de matriz existencialista pudesse demonstrar, mais cristalino que aqueles conhecimentos que eram produzidos pela metafísica em geral. Assim, podemos nos situar no debate com base nas alegações que até aqui foram feitas. Heidegger sumariou o caminho que deveria ser trilhado por Gadamer. O esquecimento do *ser* causou danos que, segundo os filósofos citados, exigiam uma destruição dos conceitos e preconceitos que constituíam a base do filosofar na modernidade.

Os conceitos que, até então, eram ligados a uma analítica existencial precisam de uma mudança significativa. Como não estavam acostumados com semelhante linguagem ou tentativa filosófica, a filosofia existencial de Heidegger e Gadamer mudou de forma abrupta muito o que se sabe, na atualidade, sobre filosofia. A dura, estreita e pérfida metafísica tinha dado o seu último suspiro, diziam os hermeneutas. Combinado com esses fatores, Heidegger continuou a surpreender até os mais céticos.

Um movimento linear da analítica existencial para o tempo ligado ao ser não seria possível. Seria necessário pensar o ser como tempo e, então, refazer a analítica existencial, a partir desse conceito de *ser*. A linguagem metafísica não permitiu o dizer suficiente da viravolta. É que, precisamente, o enraizamento de *Ser e Tempo*, na história da filosofia, trazia, para a tentativa de destruir essa história, de superá-la, pensando o que ela não pensara, a dificuldade de uma proximidade que poderia ocultar as verdadeiras intenções da pergunta¹⁰².

¹⁰² STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p. 337.

Assim, a guinada da linguagem teve o seu pano de fundo em Heidegger e depois invadiu o Direito com Gadamer. A guinada que procurava dizer o ser que, até então, estava em total esquecimento é um tipo de movimento subterrâneo que vai culminar na filosofia de Gadamer e na hermenêutica filosófica de matriz existencialista. O homem, como participante da história do *ser*, se perdeu e precisa retomar o caminho certo para a sua própria essência. Assim, os esquemas como sujeito-objeto e todas as filosofias essencialistas e substancialistas da metafísica passaram a cair em total descrédito pelos adeptos da hermenêutica filosófica. Autorizados por Heidegger e discipulados por Gadamer, os hermeneutas, então, navegaram contra o vendo a fim de concluir, sem dúvida, de que o homem se abre ao mundo e o mundo se abre ao homem por meio da linguagem, que nos enuncia e sempre foi o primeiro de todas as últimas possibilidades¹⁰³.

Agora que o pano de fundo da guinada já nos é familiar. Podemos avançar na pesquisa e encontrar, definitivamente, como toda essa construção acabou por interferir no Direito de forma direta. Heidegger procurava mostrar que, desde Aristóteles, o ser foi interpretado como presença constante. O filósofo da floresta negra demonstra que tal constatação acabava por nos colocar em um círculo vicioso, pois, “somente quando se determinar a presença como algo que não é nem temporal, nem entitativo, é que se poderá desenvolver o sentido do ser, a partir do tempo, tomando a presença como fundamento de ambos”¹⁰⁴.

Procurando por toda parte, o homem se perdeu entre o tempo e o atemporal, uma vez que o tempo é, supostamente, o advento do *ser*, de modo que a companhia dos entes só se faz em sentido estrito ao tempo de seu *ser*. Com essa conclusão é que Heidegger afasta, de uma vez por todas, as essências e substâncias que deveriam fazer parte da busca do homem na história do *ser*. Assim, podemos dizer que “uma coisa é relatar, em tom de

¹⁰³ Tal passagem remonta para as características do Círculo Hermenêutico. Por questões de finalidade, não abordei esse tema propriamente dito porque o foco poderia ser perdido nessa parte do trabalho. Em todo caso, o Círculo Hermenêutico pode ser considerado o recurso pelo qual a história verídica do *ser* seria demonstrada em termos práticos e fidedignos. Gadamer sobrepôs a esquecida relação entre a linguagem e o mundo dos fatos, culminando, assim, no que chama hoje de Círculo Hermenêutico.

¹⁰⁴ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p. 351.

narração, algo sobre o ente e outra é captar o ente em seu ser”¹⁰⁵, pois a linguagem precisa de um caráter enunciativo próprio para que todas as referências se dirijam na direção de uma analítica existencial. “Às coisas mesmas” era a máxima da analítica existencial que rumava para a hermenêutica filosófica.

A interrogação pelo ser precisa ser embasada na linguagem, mas não de forma linguística nem analítica, mas existencial. Isso quer dizer que é preciso reviver as possibilidades pelas quais o ser se oculta em nossa linguagem, de modo que Heidegger faz uma de suas mais famosas afirmações: “a linguagem é a casa do ser”¹⁰⁶. Com essa afirmação, Heidegger deixa claro, para toda a comunidade filosófica, quais eram suas intenções e a que conclusão chegou *Ser e Tempo*. A delimitação do alcance das palavras, passou a fazer parte da delimitação do ser, que se ocupa da moradia da linguagem e aponta para a construção de uma estrutura de significação.

“No tempo fala a linguagem”¹⁰⁷ e o tempo é o templo do ser, que já se movimenta em um horizonte de conhecimento a respeito do ser-aí, ou seja, da enunciação na qual nos movemos ao encontro dos entes, que são o “dom do ser”¹⁰⁸. O homem, inserido na história do ser, precisa escutar o que diz o ser, fazendo com que a tarefa do homem seja “falar o ente em seu ser”¹⁰⁹. Enunciando, assim, a relação fundamental entre o ser, a linguagem e a existência, Heidegger deixa a porta aberta para Gadamer que contribuiu para a formação de uma hermenêutica filosófica no Direito.

Como contributo stricto sensu à hermenêutica jurídica, Gadamer rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito. Diz que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o intérprete se equiparar ao leitor originário, fazendo, aqui, uma crítica tanto a Scheirmachar como a Savigny, que ignorou a tensão entre sentido jurídico e o atual. Contemporaneamente, abriu forte polêmica com Emilio Betti, que sustentava a possibilidade de um sentido autônomo do texto, que garantiria o encontro do sentido originário e a intenção do autor. Para sua teoria, Betti busca espaço

¹⁰⁵ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001, p. 362.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 366.

¹⁰⁷ Idem, p. 367.

¹⁰⁸ Idem, p. 367.

¹⁰⁹ Idem, p. 367.

intermediário entre o elemento objetivo e o subjetivo de toda a compreensão¹¹⁰.

A fim de suprir a ausência de rigor na análise do Direito com base em uma hermenêutica filosófica é que Gadamer prenuncia a relação entre a lei e a sua praticidade, elimina a possibilidade de se enunciar as intenções originárias dos legisladores. A distância que existe entre a lei e a prática jurídica é insuperável, segundo Gadamer, de modo que nenhuma dogmática seria suficiente para a sua total interpretação. Assim, todos estamos diante de uma interpretação de sentido logo quando nos deparamos com um texto. Quando um texto histórico, por exemplo, nos alcança, é necessário que a totalidade dos eventos seja vista de um ponto igualitário. Com o Direito, algo muito parecido é necessário: “para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concentrar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”¹¹¹.

Na citação acima podemos ver nítidos os traços de aniquilamento do esquema sujeito-objeto que foi intentado por Heidegger e consumado por Gadamer nos vastos campos do Direito. O fato de tanto um como outro se situarem em um mesmo espectro de expectativas e objetivos fortaleceu a teoria fenomenológica da analítica existencial.

O sentido da aplicação – que aparece em toda forma de compreensão – não quer dizer aplicação posterior de uma generalidade dada, compreendida primeiro em si mesma, a um caso concreto, complementa Gadamer; ela é mais bem a primeira compreensão verdadeira da generalidade que cada texto dado vem a ser para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como efetual, conclui¹¹².

Basicamente, o objetivo principal da guinada era eliminar a distância interpretativa que ainda era comum como ferramenta dos métodos interpretativos clássicos. Tais métodos apelavam para a distância que existia entre o sujeito (aplicador) e o objeto (lei a ser aplicada), esquecendo-se do caso concreto, que era o único que poderia dar a enunciação necessária para a

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

¹¹¹ Ibidem, p. 187.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

exata compreensão daquele contexto existencial. Manifestando-se a partir da linguagem, o caso concreto exige uma interpretação que já se forma como aplicação, numa via de mão única. O que se procura, portanto, em termos de hermenêutica jurídico-filosófico, é explorar quais sejam as condições reais pelas quais o aplicador/intérprete atua na compreensão.

No Brasil, tal teoria chegou até nós na forma da Teoria da Resposta Correta, cunhada por Streck. A partir de agora, vamos analisar, de forma breve, o que pretende, em termos gerais de aplicação do Direito, a Teoria da Resposta Correta, que preconiza, na esteira de Heidegger -- baseado na analítica existencial -- e Gadamer -- baseado na hermenêutica filosófica -- a superação do esquema sujeito-objeto dos casos concretos e a aplicação/interpretação na forma de uma compreens

3. 3 A TEORIA DA RESPOSTA CORRETA

A Teoria da Resposta Correta é uma teoria que se contrapõe, de forma totalmente direta, ao positivismo, sendo, portanto, um movimento pós-positivista e, nas palavras do professor Streck, “deve estar apta a explicar o caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história”¹¹³. O caráter hermenêutico que se impõe nesse começo de século é fruto direto de uma série de problemas filosóficos que foram se formando ao longo do tempo e que, de uma forma ou de outra, foram enfrentados por teóricos da filosofia e do Direito.

O problema gira em torno da aplicação do Direito em casos concretos que, segundo Streck, estavam mergulhados em problemas metafísicos e afastamentos interpretativos de todos os tipos. A distância que se cria, às vezes de forma inconsciente, deixa uma margem muito grande para se atracar os barcos da discricionariedade e dos decisionismos. Lutar contra esses problemas é, então, o baluarte dessa teoria. Nesse sentido, há que se preencher os espaços de indeterminabilidade. Mas, como preencher tais espaços? Na prática, mecanismos precisavam ser criados a fim de que a crítica

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327.

hermenêutica do Direito ganhasse vida e alcançasse o que pode ser chamado de “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”¹¹⁴.

Em termos gerais, esquemas de interpretação meramente procedimentais caíram em desuso e precisavam ganhar um novo fôlego as teorias da analítica existencial. Desse modo, a aplicação do Direito estava envenenada por capas de sentido que eram colocadas nas decisões por seus interpretes. Nessa esteira, as decisões judiciais precisavam estar vinculadas, basicamente a um esquema interpretativo que pode ser sumariado dessa forma: i) a Constituição Federal é a pré-compreensão que serve como pano de fundo para as decisões; ii) as decisões precisam corresponder a uma tradição jurídica que possui um DNA, uma história que já anteriormente nos serve de base; iii) quem aplica a lei precisa procurar o *ser* do ente, ou seja, o caso concreto enuncia as possibilidades de compreensão/aplicação da lei.

Os métodos meramente procedurais esconderiam, assim, o *ser* do ente, que é o caso concreto que vai estar em questão. Assim, “é impossível cindir a fundamentação da aplicação, porque na aplicação já está presente a fundamentação”¹¹⁵. Ao contrário dos métodos procedimentais, a hermenêutica apela para um *ser-no-mundo*, de modo que a atribuição de sentido, dissociado da realidade do caso concreto, seria um erro metafísico¹¹⁶. Ou seja, o espaço para a contedística precisaria ser ocupado pela aplicação/interpretação em uma via de mão única, formando, assim, o enlace entre a pré-compreensão e o caso concreto¹¹⁷.

Não é, portanto, tarefa do intérprete extrair um sentido oculto que pode estar em algum lugar do texto, “como defendem algumas posturas

¹¹⁴ Ibidem, p. 328.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.

¹¹⁶ Ibidem, p. 335.

¹¹⁷ “Por tais razões, levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em terrae brasilis, a revolução copernicana representada pela superação dos paradigmas metafísicos (clássico e moderno) – condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do Constitucionalismo Contemporâneo e da conseqüente derrota do positivismo – não pode representar o abandono das possibilidades de alcançar verdades (correções) contedísticas. As teorias procedurais mostraram-se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico de um país como o Brasil. Ao contrário da hermenêutica filosófica, não há *ser-no-mundo* nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que possa dialogar comigo também o possa aplicar.”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335.

axiológicas”¹¹⁸. A diferença ontológica que foi criada por Heidegger entre o ser e o ente acaba nem se tornando, assim, uma diferença em sentido estrito. A diferença quer dizer que texto e norma não podem ser cindidos e vistos como sendo separados, isolados, um do outro, pois o texto só tem sentido quando é visto com sua norma, ou seja, a partir de seu texto.

O caráter do texto fica com uma força enunciativa, que se torna um evento. Observe-se: texto é um evento. Por isso todas as estruturas de sentido precisam estar ligadas diretamente ao *ser* que o texto traz consigo. O *ser* do texto não pode ser visto ou extraído como se fosse uma essência; antes, é o *ser* que dá o sentido aos entes e não o contrário. Nesse sentido, a Teoria da Resposta correta é o reflexo daquele movimento que analisamos anteriormente e que deu origem às escolas da filosofia da linguagem que hoje são atreladas diretamente à vida prática.

A escolha de uma teoria ou outra sempre vai depender do grau de aceitação dos seus pressupostos. Neste trabalho, o problema dos pressupostos foi trabalhado como sendo um problema a ser enfrentado antes mesmo de se falar em um ramo do conhecimento. Por esse motivo é que foi esclarecido qual era, então, o pano de fundo da Teoria da Resposta Correta, que tem matriz em Heidegger e Gadamer.

Vale ressaltar que existem muitas outras teorias da linguagem e da interpretação do Direito. Contudo, as diversas teorias a respeito da vida prática que se dá por meio da linguagem acabam sendo, de uma forma ou de outra, restrita a campos filosóficos que são muito bem determinados e fechado. Por exemplo, a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas guarda relação direta com sua tendência em ver a realidade do homem de forma procedural, de forma a se atingir condições ideais de fala por meio de procedimentos demonstráveis, não falando, exclusivamente, em uma distância interpretativa. A teoria de Friedrich Muller, que foi desenvolvida no Brasil por Eros Grau¹¹⁹, tem um toque especial de distância interpretativa¹²⁰.

¹¹⁸ Idem, p. 337.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

¹²⁰ Há uma quantidade interminável de autores que pesquisam tais linhas de pesquisa filosófica. Por isso, limitar a análise do trabalho é uma questão de exequibilidade. Em todo caso, a título de Doutorado, analisar, pormenorizadamente, tais linhas de pesquisa seria uma questão de necessidade.

Em ambos os casos, podemos notar, de forma direta, que as teorias, por si só, não seriam suficientes para embasar toda uma Teoria da Decisão Judicial por ainda existirem lacunas a serem preenchidas. É com base nisso que a Teoria da Resposta Correta é uma teoria finalista. Uma teoria finalista é aquela que tenta abarcar, com o máximo alcance, uma realidade fática ou teórica sem incorrer em erros lógicos ou procedimentais. Assim, a Teoria da Resposta Correta tem esse caráter porque diz, basicamente, como se dá uma decisão judicial desde sua fundamentação, até o nível da aplicação e resultados finais.

Portanto, observe-se, sob um prisma hermenêutico, que a compreensão da aplicação do Direito com base nessas alegações não se trata apenas de colocar textos em sentidos prático de casos em questão; antes, todas as estruturas de sentido são estruturas enunciativas que devem ser compreendidas como texto e como evento. Desde que a linguagem passou a ser vista como condição de possibilidade para a vida, não se concebe mais a linguagem como sendo uma terceira coisa entre o interprete e os objetos.

É essa inovação, pois, que procuro trazer para a discussão da dicotomia texto-norma, desde os meus primeiros textos, em especial, *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Dito de outro modo, negar essa diferença é acreditar no caráter fetichista da lei, que arrasta o direito em direção ao positivismo exegético. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei etc). Os sentidos são atribuíveis a partir da faticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo. A coisa deve nos dizer sempre algo. Levemos o texto a sério, pois. Isso pode afirmar que o texto traz em si um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse em si – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto. Esse elemento regulador é o como hermenêutico que acompanha e precede o como apofântico. A diferença ontológica só se compreende e faz sentido porque ela é o elemento fundamental do modo de ser-no-mundo¹²¹.

A diferença ontológica de que fala o trecho acima merece destaque. Heidegger, quando cunhou a diferença ontológica, o fez no sentido de criar uma diferença que deixaria as coisas mais iguais. Isso significa que a partir da diferença ontológica é impossível cindir texto, norma e aplicação. Isso quer

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 338.

dizer que o texto sempre diz algo e por meio desse “dizer algo” é que as coisas vêm á tona¹²². Por isso, quando estamos a tratar de um caso jurídico, esse caso só será realmente jurídico quando for apoiado por um fato jurídico no sentido do texto. Assim, a diferença entre fato e questão de direito precisa passar pelo crivo da assertiva de que o texto só existe no sentido de uma norma, ou seja, no sentido de sua aplicação.

Esse tema é repleto de paradoxos. Justamente por esse motivo é que o caráter fenomenológico nos aparece como um desafio. Assim, quando o sujeito está diante de um texto, não há que lhe tirar um significado. Seu significado já foi dado pela pré-compreensão enunciado, não existindo, portanto, textos sem conteúdo, sentido e fatos, de modo que o texto é, pois a norma.

Mas atenção: esse normado/significado jamais será um produto de uma conceitualização, ou de uma subsunção do geral ao particular ou de deduções do universal ao empírico. Quando falamos em fatos ou coisas, falamos de fatos ou coisas porque estes somente são tais porque lhes foi atribuído um sentido. Afinal, diz Gadamer, “a experiência não se verifica primeiro sem palavras para se tornar depois, através de designação, em objeto de reflexão”. Mais ainda, das Licht, das alles so hervortreten lasst, dass es in sich selbst einleuchtet und in sich verstandlich ist, ist das licht des wortes. E Castenheira Neves vai lembrar que não se logrou ainda compreender o fato de deparar-se o jurista, nas fontes formais do direito, com textos não implica necessariamente que o objeto interpretado seja a significação textual desses textos-dados e não antes a significação normativa perventura neles objetivada, e que assim não já o texto, mas a norma, será o objeto interpretando, não obstante o dado do texto. Não podemos falar de textos – e, portanto, de coisa que são significadas por textos- que ainda não tenham recebido nossa significação. Quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significado (é, pois, a norma). Mas essa significação (atribuição de sentido) só se realiza a partir da relação fato e direito, sendo o conteúdo predicativo do texto. Não haverá textos sem esse conteúdo¹²³.

O primeiro parágrafo da citação acima guarda uma das constatações mais importantes a respeito da Teoria da Resposta Correta, baseada na análise fenomenológica do Direito. Assim, o texto constitucional só pode ser compreendido quando é aplicado. Não existe, portanto, um aplicar sem

¹²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 339.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 339.

entender. O ato de aplicar se torna a normatização do texto e a constituição será, nesse sentido, um evento quando da sua aplicação, que tem seu acontecimento no processo de aplicação/compreensão por meio dos juristas.

As complexidades sociais, então, precisam passar pela análise como sendo verdadeiras complexidades em um mundo real. O discurso a respeito do mundo precisa ter uma estrutura como sendo um algo a ser vivido e não apenas dissecado, como se fosse possível atribuir sentido diversos a fatores que são unívocos, na medida em que “compreender é um compreender algo como algo”¹²⁴. Assim, “o texto não está à disposição do intérprete, porque ele é produto dessa correlação que se dá não mais em um esquema sujeito-objeto, mas, sim, a partir do círculo hermenêutico, que atravessa o dualismo metafísico (objetivista e subjetivista)”¹²⁵.

Assim, os sentidos passaram a fazer parte da linguagem como nunca antes. A metafísica clássica tinha como sentido a busca pelas coisa; na metafísica moderna, os sentidos estão na mente, no *eu penso* de Kant e no *cogito* de Descartes. No século XX, portanto, “os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem”¹²⁶. Chegamos, agora, ao ponto fulcral da Teoria da Resposta Correta: a filosofia da consciência. Nesse sentido, precisamos, esboçar, de forma rápida, quais seriam os objetivos dessa teoria em termos de decisão judicial no embate contra a filosofia da consciência.

A filosofia da consciência inaugurada, segundo Streck, por Descartes remonta para os dados sensíveis da mente que poderia dar o sentido estrito para o mundo e tudo o que nele há. Contudo, a expulsão da filosofia da consciência pela linguagem é uma luta que não se dá de forma tão simples quanto aparenta. Em termos gerais, podemos resumir os avanços até aqui alcançados: i) o sujeito não tem o texto à sua disposição; ii) os textos já possuem um sentido prévio na pré-compreensão dele próprio; iii) a realidade dos fatos foi perdida, mas, por meio da análise fenomenológica que a linguagem proporciona, os fatos foram religados aos seus significados; iv) os textos são enunciativos e não possuem uma essência metafísica.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 341.

¹²⁵ Ibidem, p. 342.

¹²⁶ Ibidem, p. 347.

Basicamente, o problema a ser enfrentado nesse momento é: como controlar os sujeitos em seus atos de interpretação? Percebeu-se, até agora, que estamos no mundo e somos livres. Mas, como lidar com tal liberdade? Poderíamos, com base nesse arbítrio, decidir sobre tudo ou, nas palavras de Streck, dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa?¹²⁷ Esse é o ponto a ser debatido: podemos dizer o que bem entendermos com base em preconceitos, pressupostos pessoais, ideias marginalizadas, concepções psicológicas etc? o problema é que não se responde a essas questões de forma muito fácil. Na verdade, é de fácil constatação o fato de que, até agora, a hermenêutica filosófica ainda tem problemas para lidar com esse pressuposto de controle dos sujeitos.

Assim, Streck propõe uma solução: “se em Gadamer essa questão está ligada à tradição e sua apropriação, no direito essa tradição deve ser entendida como um modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas”¹²⁸. A tradição de que Gadamer fala é a tradição que faz com que o Direito tenha um DNA, uma história, um significado. Assim, um juiz precisa estar ciente desse fato quando for decidir, precisa estar em conformidade com a tradição que o cerca desde sempre. Esse *ser cercado* é o que vai garantir que as decisões judiciais sejam corretas. Daí que uma nova pergunta pode aparecer: mas como garantir que isso realmente aconteça? Streck, também apoiado em Heidegger e Gadamer, responde que o sujeito precisa sofrer com o *estranhamento*, termo cunhado por Gadamer para esclarecer o momento em que o indivíduo muda de postura por perceber o caminho errado que trilhava.

Em termos de Direito, o estranhamento seria responsável pelo *momento* em que o indivíduo muda de rota e parte na direção da tradição, das respostas baseadas em um constitucionalismo enunciador. Por isso, a tradição é importante na medida em que se torna autêntica e cria uma hierarquia acertada de valores a serem utilizados na aplicação do direito. A dificuldade que se encontra reside na escolha de um caminho a seguir, coisa que Streck teve particular preocupação quando fala das tradições autênticas e

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 350.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 348.

inautênticas. Justificar os atos de escolha, nesse momento, seriam irrelevantes se não forem consolidados por um constitucionalismo autêntico e que toque a vida das pessoas baseado, sempre, em uma tradição edificadora. Isso significa que o Direito precisa obedecer a uma série de fatores que correspondem à integridade do direito como um todo, deixando totalmente em evidência o fato de que as respostas que são contrárias à constituição são erradas simplesmente pelo fato de não corresponderem à tradição hermenêutica enunciativa do direito transformador, como é o nosso Direito Constitucional.

Entendo, assim, que a integridade de que fala Dworkin se aproxima daquilo que podemos denominar “tradição autêntica”, na medida em que é possível distinguir pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos). Pré-juízos são antecipações. É a pré-compreensão, que não denominamos. E como não há mais uma relação gnosiológica sujeito-objeto, o círculo hermenêutico nos permite chegar antes de qualquer subsunção ou dedução. É possível dizer, desse modo, que a integridade será algo que não é justiça, nem equidade. Não é objetivável, mas nos leva ao estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela. Dworkin acentua que não há hierarquia entre integridade, justiça e equidade: ora ela proderá prevalecer, ora não prevalecerá. E não poderia ser diferente, já que afirmar que a integridade prevalece, *prima facie*, seria atentar contra a própria integridade. Seria uma contradição performática sustentar essa supremacia. Ou seja, não prevalece porque atender à integridade é deixar acontecer o que se antecipa (por isso a não cisão entre interpretar e aplicar, tal como na hermenêutica filosófica), permitindo uma resposta (correta) a partir e para além da justiça e da equidade¹²⁹.

Fica claro, nesse momento, que o prédio da Teoria da Resposta Correta está construído. A amarração lógica foi muito bem feita, demonstrando, de forma clara, como é que os passos se procedem na busca por uma resposta correta. Contudo, vale apenas frisar, antes de finalizar, que a resposta correta é uma ficção, não no sentido pejorativo do termo, como se não existisse. Ser uma ficção significa que ela deverá ser a busca incessante pelos aplicadores do Direito no sentido de sempre ter a condição de dar uma resposta correta para casos concretos e determinados. Assim, a Teoria da Resposta Correta é uma ficção porque não prevê exatamente a totalidade dos casos. Justamente por isso trata-se de uma teoria, um pressuposto, não um método. Gadamer

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 353.

perpetrou todas as suas pesquisas no sentido de matar o método que, segundo ele, matava a filosofia e sequestrava a faticidade da vida prática.

A integridade do Direito procura acabar com todos os relativismos na prática legal, pois pressupõe o fato de que precisamos nos apropriar de juízos autênticos e “dessa maneira, distingui-los de pré-juízos inautênticos”¹³⁰. A tradição será, então, o vetor de sentido que vai limitar as respostas dos juízes, configurando aquilo que Dworkin chamava de *blindagem hermenêutica*. Tal blindagem constitui uma das partes mais importantes dessa pesquisa, pois tem a finalidade de coagir os aplicadores a responderem de maneira correta em cada caso específico, pois o Direito é um ato de integração, cuja base acabou se tornando, na visão dos hermenutas, o círculo hermenêutico.

Assim, busca-se, necessariamente, superar as abstrações e determinações de sentidos com base em interpretações desvinculadas da realidade fática. Por isso, vale frisar que a resposta correta é a resposta específica, não se tratando de uma resposta genérica, desvinculada da realidade e solapada por um decisionismo. Para entender melhor a ficção da resposta correta:

Na medida em que o caso concreto é irrepetível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado. O que sobra, o não dito, o “ainda não compreendido”, é o que pode gerar na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, “a” resposta¹³¹.

O que deve ficar claro é a oposição direta da Teoria da Resposta correta a alguns fatores que acabam por deixar o Direito perdido em um mar de incertezas a respeito da sua condição prática em termos de aplicação: i) o juiz precisa respeitar a tradição jurídica na qual está inserido; ii) a aplicação do Direito se dá na forma de uma interpretação que não pode ser confundida com qualquer tipo de atribuição de sentido; iii) o juiz precisa sofrer com o estranhamento, que vai colocá-lo na estrada correta para as respostas em casos concretos; iv) a resposta correta é uma resposta constitucionalmente

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

¹³¹ *Ibidem*, p. 362.

correta; v) a resposta correta não pode ser generalizada, sendo “a resposta” para determinado caso; vi) a tradição vai blindar o Direito contra discricionariedades e decisionismos.

Com base nas afirmações que até aqui foram feitas, pode-se dizer que a Teoria da Resposta correta é revolucionária em tentar controlar as decisões judiciais. Em um país como o Brasil, que ainda sofre com diversas promessas constitucionais que não foram cumpridas, tal teoria tem o condão de mudar todas as peças do jogo legislativo e político. Tais promessas fazem parte daquilo que conhecemos como sendo o Neoconstitucionalismo, que toca as nossas vidas. Mesmo com todas as possibilidades que surgem com a Teoria da Resposta correta, ainda há uma última questão a ser levantada: como causar nos aplicadores do Direito o estranhamento necessário para que se aplique o Direito de forma correta? E mais: é possível que o sujeito seja totalmente blindado e livre de uma consciência evanescente? Tais questões serão abordadas, de forma simples, no próximo capítulo a fim de que o leitor tenha em mente o contraponto, o busílis da questão em termos de crítica e delimitação do tema que está sendo proposto.

CAPÍTULO 4 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A CRÍTICA À TEORIA DA RESPOSTA CORRETA

A Teoria da resposta correta deixou uma página em branco na análise do Direito em sede de aplicação quando não trata, de forma direta, da consciência. A consciência é um tipo de pano de fundo para que a vida de qualquer pessoa possa existir; trata-se de um complexo que serve de base, de fundamento para que a vida prática possa acontecer. É por meio da consciência que a memória, as ideias, os sentimentos, tudo o mais acontece em nossas vidas. O problema reside no fato de que um juiz, ao operar com o Direito, também operar, antes de tudo, com sua própria consciência. Desse modo, o tema da consciência precisa ser enfrentado de forma clara.

Streck não enfrenta a temática e os problemas da consciência de forma muito clara. Há uma quantidade enorme de pesquisadores que se preocupam com o fato de que a consciência é parte integrante e importante para a constituição do fenômeno da vida. Por outro lado, o tema, efetivamente falando, ainda não foi fruto de uma análise direta e clara por parte dos pesquisadores que cuidam do aspecto volitivo das escolhas ou decisões que as pessoas fazem.

Os hermeneutas, quando atrelados ao Direito, precisam determinar quais são os aspectos principais de suas teorias. Quando se trata de uma decisão judicial, o próprio nome deixa claro o fato de se tratar de uma decisão, não de uma escolha. Contudo, a diferenciação que existe entre escolha e decisão é um tema que se desdobra no campo da consciência prática. Por esse motivo é que o estudo da consciência se impõe se esse tema realmente é relevante. Acontece que a Teoria da Resposta Correta é fincada em um pressuposto básico: o motivo da aplicação do Direito acontece de forma incorreta é porque é necessário controlar o sujeito.

Assim, a problemática gira em torno do fato de ser possível ou não controlar uma pessoa em sua capacidade cognitiva. Basicamente, não se pode dizer ser possível esse tipo de controle, mas Streck argumenta que a integridade do Direito e a tradição devem impelir que o sujeito decida de forma correta. Mas, contudo, o que fazer quando isso não acontece? Há um motivo que deixe em evidência o momento no qual um juiz não decide de forma

correta? Gadamer iria dizer que o estranhamento é o momento no qual a realidade toca a vida do intérprete de modo que ele passa a ser coerente em suas ações. Contudo, se a tradição não causar o estranhamento, qual é o problema a ser enfrentado. O problema proposto deveria ser uma análise da consciência, coisa que Streck ainda não o fez.

Quando a consciência opera, uma série de movimentos cognitivos e subjetivos acontecem. Não se pode ver o que acontece com alguém enquanto esse alguém está pensando. Esse princípio se estende aos limites do conhecimento e da vida prática: quando a realidade é tocada pelo polo subjetivo da consciência, as operações subsidiárias são iniciadas e uma cadeia de possibilidades aparece ao sujeito. Então, no polo subjetivo da consciência está a atenção e aquilo que se opera de forma contínua; do lado objetivo está a atenção focal e o que tem como objetivo daquela operação em questão¹³². Essa assertiva é suficiente para darmos início ao problema do controle do sujeito que vai aplicar o Direito. Assim: é possível controlar o sujeito e sua consciência?

A Teoria da Resposta correta é totalmente verdadeira em uma série de constatações que faz, mas o problema do sujeito se insere como sendo talvez o ponto fundamental disso tudo. Se os sujeitos não fossem necessários, computadores poderiam aplicar o Direito de forma muito efetiva. Aliás, já se tenta coisa do tipo com o que se chama de Jurimetria. Contudo, fica no ar a questão de como analisar uma realidade que é pautada e só existe porque sujeitos reais existem em concreto. Ou seja, o ato criativo da nossa consciência é o que faz nossa vida possível. Uma decisão judicial é um ato de criação, então, como controlar esse momento? O problema fica mais sério quando se leva em consideração o fato de que a consciência tem estruturas nas quais trabalha e precisa se autointerpretar, do mesmo modo que interpreta tudo a sua volta.

Por isso, pode-se dizer que, antes de tudo, uma decisão judicial é um ato intencional predicativo da realidade do sujeito que faz com que a realidade se torne luminosa na medida em que camadas de esclarecimento vão se tornando cada vez mais cristalinas e acessíveis. Não há de fato um

¹³² WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 83.

princípio norteador nessa ou naquela parte do complexo, mas o fato é que ainda não encontramos um denominador comum quando se trata de intencionalidade e projeções mentais feitas pela consciência. Recentemente, pesquisas apontam para a análise do cérebro e há muita discussão sobre o que realmente seria um ato intencional da consciência.

O discurso filosófico acabou se dividindo e tal divisão é extremamente importante. De um lado, há pesquisadores que defendem ser a consciência apenas um reflexo do cérebro. Nessa linha de pesquisa, podemos destacar John Searle, que tem um programa de pesquisa em filosofia da mente extremamente completo e sério. De outro lado, há autores que defendem ser a consciência um ato criador e performativo da vida cerebral, sem o qual nada seria possível. Dessa lado do rio, tem-se autores como Mendo Henriques, Eric Voegelin e Henry Bergson, para dizer o mínimo.

Em termos gerais, a pesquisa que se tem, então, precisa ter uma continuidade lógica. Assim, eu não poderia abordar o tema da Teoria da Resposta Correta com base em uma linha de pesquisa procedimentalista que acredita ser a consciência um mero epifenômeno do cérebro. Portanto, a linha de pesquisa que mais se equipara às nossas necessidades e que é justamente combatida pelos hermeneutas é a segunda linha de pesquisa citada acima, aquela que acredita ser a consciência um ato de vontade criado e modificador da realidade dos fatos. Por isso:

A consciência tem portanto o aspecto estrutural não só da intencionalidade, mas também da luminosidade. Além disso, quando a consciência é experimentada como um evento da iluminação participativa na realidade que abrange os parceiros no evento, ela tem de ser situada não num dos parceiros, mas na realidade abrangente; a consciência tem uma dimensão estrutural em virtude da qual pertence não ao homem em sua existência corpórea, mas à realidade na qual o homem, os outros parceiros na comunidade do ser e as relações participativas entre eles ocorrem. Se a metáfora espacial ainda for permitida, a luminosidade da consciência está situada em algum lugar “entre” a consciência humana na existência corpórea e a realidade tencionada em seu modo de coisidade¹³³.

O fato de ser a consciência um ato evanescente, como Bergson a concebia, realmente traz implicações muito sérias para a análise da realidade do homem, pois “o uso equívoco da palavra “linguagem” apontou para uma

¹³³ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 38.

experiência da realidade que teria de se expressas por esse uso, e em seguida a busca passou à estrutura da consciência como a experiência que gera a equivocação¹³⁴. A busca por resposta, ao que parece, inverteu a ordem dos fatos, mesmo que parecendo impossível, mudando totalmente os resultados da análise a respeito da coisidade da vida prática do homem. Pormenorizadamente falando, significa dizer que o estudo pautado apenas na linguagem, colocando o problema da aplicação do Direito na consciência evanescente, deixa a desejar pela inversão dos polos de tensão que o sujeito experimenta como sendo um sujeito em sentido concreto e que espalha os raios das suas experiências na criação da realidade abrangente.

À luz da filosofia da consciência, a existência do homem no entremeio da tensão da sua própria vida é a base de uma sociedade minimamente ordenada. Em outras palavras, o que quero dizer é que não se pode apenas expressar a realidade do homem. Antes, a participação no drama da existência exige empenho pessoal e também garante consequências. Se essa relação for verdadeira, não há quase nada que separe o homem e aquilo que ele vive. Na verdade, vemos uma sucessão de acontecimentos que, insistem os teóricos, não fazem parte da vida pessoal de cada um. Nesse nível do problema, apenas especulações aparecem nos meios acadêmicos. Isso porque, de uma forma ou de outra, a vida do homem precisa ser cristalizada em uma forma corpórea que vai garantir autonomia às instituições e força às ideologias. O momento em que tudo isso se concretiza é que ainda não se sabe bem. Se o problema for o direito, então uma série de desdobramentos acontecem: O aplicador está vinculado ao direito, mas se trata de uma vinculação objetiva ou subjetiva? Somos meros espectadores ou a aplicação do direito nos exige algo além do simples apertar de botões?

A questão que, então, é levantada diz respeito à vida temporal do homem. Assim, estamos inseridos apenas em uma vida temporal ou há mais que isso? Então, se uma teoria da decisão for baseada na filosofia da consciência, trata-se de uma tentativa de compreender como as possibilidades de desdobram depois de operações conscientes na compreensão de juízos de uma consciência focal e evanescente. Em outras palavras, precisamos admitir

¹³⁴ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 38.

e reconhecer, como salienta Mendo Henriques, que uma vida consciente é aquela que permanece na tensão da existência que se torna possível por meio da autoiluminação do homem e é objetificada em símbolos que são frutos da consciência intencional. Basicamente, essa é a matriz do pensamento dos hermeneutas de matriz gadameriana: i) o direito é refém da filosofia da consciência e precisa de uma mudança de paradigma; ii) urge uma nova teoria das fontes do direito; iii) a hermenêutica filosófica, por meio do estranhamento, pode fazer com que o direito assuma o seu papel compromissório e as decisões sejam corretas, isso quer dizer: de acordo com a Constituição Federal.

Esse complexo, entretanto, guarda mais variáveis do que se imagina, pois “não há uma linguagem autônoma não-paradoxal, pronta para ser usada pelo homo como um sistema de signos quando ele deseja se referir às estruturas paradoxais da realidade e da consciência”¹³⁵. As palavras e seus significados, vão se referir, então, ao momento no qual o sujeito está inserido na busca incessante por um entendimento mais verdadeiro a respeito da vida em comunidade e da existência do homem. Por isso, pode-se perceber que, de forma contrária ao que preconizava Heidegger, Gadamer e Streck, a filosofia da consciência guarda detalhes que a deixaram bastante viva. A alegação de que a morte do sujeito que tem a certeza-de-si-do-pensamento-pensante ainda não parece tão simples de ser aceita.

Assim, com base nos filósofos da consciências, tais como Voegelin, Bergson, Lonergan, Henriques, Martin Buber e muitos outros, não se trata de combater um sujeito solipsista. O que está em jogo é combater a falta de referência que toda consciência carece. A consciência não existe porque existe de forma totalmente individual. Antes, ela existe porque o “tu” existe. Há um tipo de referência inerente a toda consciência. Tal ponto de referência conceitual precisa ser encontrada a fim de qualificar o sujeito como sendo participante da integralidade dos fatos que vive e ainda poder estar em contato com o fundamento do ser. Se o professor Streck estiver correto, o homem viveu enganado até agora e precisa ser libertado pelo estranhamento de

¹³⁵ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 39.

Gadamer a fim de que o direito seja aplicado de forma correta, com base na constituição e de forma totalmente impessoal.

Algumas alegações por parte dos filósofos da consciência podem ser levantadas. Em primeiro lugar, mesmo que o direito seja totalmente objetivo, ele não é aplicado por computadores. Em segundo lugar, se o direito realmente foi criado pelos homens e para a edificação do meio social, é bem razoável que possa existir alguma relação, mesmo que mínima ou pouco conhecida, entre a realidade do direito e o complexo social que cerca o homem¹³⁶. No entanto, várias questões podem ser formuladas: i) porque o direito ainda não atingiu a uniformidade desejada?; ii) é possível esperar um máximo de objetividade das ciências humanas?; iii) o ideal dos hermeneutas de cercar a realidade tem a capacidade de resolver os problemas da aplicação jurídica? Um mapa bem elaborado a respeito do caminho que se percorre entre uma experiência concreta do mundo real e a efetivação daquela experiência em um fato jurídico ainda não existe. Eugene Webb já enfatizava que “a função do pensamento crítico é reexaminar tanto os dados quando a cadeia de medidas lógicas em busca de algum elo fraco. Quando nenhum elo fraco é encontrado, sabemos que o mapa é confiável”¹³⁷.

A novidade nesse tipo de abordagem não reside no fato de tirar toda a capacidade objetiva e técnica do direito. Aliás, há muita confusão a respeito do que seria objetivo e do que seria subjetivo nesse tipo de investigação. Não somos escravos da técnica, mas precisamos dela para viver simplesmente pelo fato de que o mundo das coisas precisa das coisas e do homem que cria o todo ao seu redor. Mas a objetividade, quando aliada com a técnica do direito, pode suprimir a realidade do homem ao ponto em que o a clareza dos objetivos vai se confundir com a escuridão de uma objetividade cega. O que está envolvido nessa questão é muito mais do que apenas o campo jurídico e seus saberes. Antes, a exigência objetivista dos hermeneutas nos impõe um estilo de vida totalmente fraco de significado e conteúdo. Os hermeneutas diriam que isso talvez seja apenas uma falha residual de um problema que só encontra solução no círculo hermenêutico e no estranhamento promovido pela tradição de

¹³⁶ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 400.

¹³⁷ WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 75.

Gadamer. Então, trocando em miúdos, o que os hermeneutas realmente estão propondo sem que se perceba, é a supressão do polo subjetivo da existência do homem. Principalmente quando o professor Streck enfatiza essa questão, fica nítido que a controvérsia entre as teorias.

De todo modo, penso que a principal confluência das teses gadamerianas e dworkinianas reside na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da *applicatio* jurídica, ou seja, a *applicatio* está exatamente assentada -- como condição de possibilidade -- na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto que dizer “superação da subjetividade assujeitadora”, isto é, ruptura com o sujeito solipsista. Mas Gadamer não substituiu o “sujeito da relação” por uma estrutura (como o fazem, por exemplo, Habermas e Luhmann); ele acredita na possibilidade de controlar esse sujeito, exatamente na superação da relação sujeito-objeto. Observe-se: “matar” o sujeito solipsista não significa que não mais haja um sujeito na relação de objetos. E esse controle se dá a partir de uma razão hermenêutica, isto é, a pré-compreensão antecipadora, que se dá como existencialidade (por isso não me pergunto acerca de “como” compreendi, porque essa pergunta chega tarde -- eis aí o elemento estruturante da compreensão, que pode ser mais bem constatada na diferença entre o como -- als – hermenêutico e o como -- wie – apofântico¹³⁸.

Isso equivale a exigir que todo o conhecimento que se transforme em realidade por meio da *applicatio* seja, ao mesmo tempo, justificável e perfeitamente objetivo. O problema consiste exatamente nessa objetividade. O que vai garantir que o homem tenha a capacidade de operar com extrema objetividade? Essa objetividade é uma evolução das probabilidades? Essas são, na melhor das hipóteses, perguntas que não podem ser respondidas pelos hermeneutas. No entanto, a filosofia da consciência tem pressupostos capazes de representar, de forma lógica, alguns mecanismos capazes de encarar essa cadeia de objetivismos. Segundo Webb, Polanyi “acreditava que a exigência positivista de que toda subjetividade fosse finalmente eliminada do conhecimento jamais poderia ser satisfeita”¹³⁹. Tornar a realidade totalmente clara e evidente nos lançaria em completa contradição: isso seria negar e excluir todo o conhecimento que se dá por meio do polo subjetivo da consciência.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

¹³⁹ WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 74.

O problema deve ser elucidado à luz da imperfeição do homem. Justamente por isso, o mundo jurídico é uma soma de acontecimentos no mundo real que sucederam de uma série de operações nas consciências concretas dos indivíduos. Talvez a melhor explicação para isso tudo é o exemplo que Polanyi apresenta com os mapas. O homem é semelhante aos animais e consegue encontrar caminhos em lugares até então desconhecidos. Isso é possível com o uso de mecanismos de elucidação e de experiências concretas que vão comunicar a realidade de forma minimamente clara e inteligível. Então, quando se usa um mapa, o homem está a investigar uma região que pode não conhecer bem, mas que, com o auxílio do mapa, pode efetivamente se localizar com precisão. Mas há um problema: o mapa pode ter erros e precisa ser alterado. Se o mapa, assim como o direito, é um sistema rígido de informações, porque ainda há erros em sua aplicação? A pergunta é especialmente perturbadora nessa altura da pesquisa. É compreensível, portanto, que, na verdade, o que sabemos do mapa faz parte de um conhecimento objetivo sobre uma determinada informação que chegou a nós como um dado performativo.

O mundo dos fenômenos acolhe os atos intencionais da consciência e, a partir daí, a realidade se desenvolve na forma corpórea. Nada disso tem a ver com a consciência solipsista que Streck tanto combate; antes, o fato de uma consciência operar sozinha é justamente um pressuposto básico e lógico, mas nenhuma consciência que operasse constantemente sozinha seria capaz de estar inserida no mundo real dos fenômenos. Isso porque não se pode justificar e nem imaginar que exista uma consciência totalmente isolada, como uma substância à disposição ou não dos indivíduos. Isso que dizer que a consciência precisa operar como reconhecimento, pois é evanescente e se perde na vastidão do mundo das coisas.

Daí deriva o problema da aceitação do próprio problema, uma vez que a diferenciação paralela que não se fez sobre a filosofia da consciência minou toda uma série de conceitos práticos indispensáveis à vida cotidiana. O problema pode ficar mais grave quando, em nenhuma hipótese, os hermentuas levam em consideração o fato de que a consciência opera de formas muito variadas. Talvez a forma mais simples de demonstrar um exemplo dessas

operações seja aquilo que Polanyi denominou como sendo operação focal e subsidiária.

O ato de conhecer é, antes de tudo, uma via de mão dupla: a distinção entre subsidiário e focal deriva da noção de “presença corporal”, que é o alvo do ato de conhecer. Se a presença de algo a ser conhecido não fosse possível de ser reconhecida, o próprio ato de conhecer seria impossível, por dedução lógica, de ser realizado. Mas o que isso realmente implica? Haverá alguma importância real em se discutir isso para o mundo do direito? Se se levar em consideração que o direito só existe em função dos indivíduos, a resposta é mais que óbvio. Mas, como a filosofia da consciência é quase uma terra prometida a ser conquistada, preciso cuidar dos pormenores a fim de que o leitor entenda o que realmente está em jogo quando se aplica o direito de forma operativa e intencional. Então, se uma decisão judicial existe no mundo real é porque ela já passou pelo crivo da consciência. Precisamos aceitar que não há vida sem consciência; e não há decisão judicial sem uma operação intencional da consciência. Isso quer dizer, então, que “o conhecimento já se dava antes de a filosofia começar a refletir sobre o ato de conhecer e que ele pode ser genuíno mesmo quando não pode ser explicado”¹⁴⁰. Nem toda capacidade que temos de conhecer pode ser devidamente formalizada em termos científicos e isso implica o fato de que uma decisão judicial, quando não acontece de forma correta, ainda sim é fruto da consciência: isso é inegável.

Quando um juiz está a decidir, o desempenho da atenção subsidiária e focal acontece ao mesmo tempo. É importante ressaltar que os dois tipos de atenção são, em primeiro lugar, conscientes e atuam de forma intencional no ato de conhecer. Os desafios da integração e da prática de uma teoria das consciências são muito complexos, ainda mais quando são vivenciados, ao mesmo tempo, por um complexo social inteiro e por indivíduos concretos. A capacidade que cada participante do contexto social tem de desenvolver sua consciência na forma reflexiva e prática vai depender do ambiente histórico e social que a realidade como um todo faz parte. Nesse sentido, estou com Gadamer quando enfatiza a importância da tradição de uma comunidade; mas também não estou com ele quando diz que a tradição pode ser a diretriz que

¹⁴⁰ WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 80.

venha a fundamentar os comportamentos futuros de uma realidade política. O próprio Gadamer faz ressalvas e esclarece que a tradição pode ser modificada quando não condiz com as finalidades e objetivos de uma realidade política e social. A questão é particularmente difícil quando tentamos elucidar o que realmente vem a ser essa tradição.

Na verdade, percebe-se claramente que a tradição como um todo carece de referência. O que nos interessa agora são as experiências da consciência, que vão ser os atos operativos e práticos da vida cotidiana. Isso quer dizer que a cultura pode estimular ou não o desenvolvimento da consciência, mas a consciência sempre vai ser uma consciência de algo. Por isso, até mesmo as decisões racionais, como os juízos dos julgadores, são decisões da consciência. Após esses esclarecimentos, podemos conduzir o leitor a crer que as experiências subsidiárias e focais da consciência são um exemplo das operações intencionais que se desenrolam em fatos concretos e tomadas de decisão. Contudo, ainda precisamos ilustrar esse conceito à luz das decisões judiciais. Por isso, um juiz desempenha a atenção subsidiária e focal ao mesmo tempo quando decide em um determinado caso concreto. O problema é que o foco de atenção é limitado e precisa ser amparado por outra série de operações capazes de articular a existência daquele momento em particular. O juiz está atento à decisão que precisa tomar, mas há todo o complexo jurídico que o empurra para aquela situação, de modo que suas operações intencionais não são isoladas do resto do mundo; em seguida, o juiz está ciente de tudo o que o cerca no mundo jurídico, mas o que lhe cabe naquele momento é aquele caso em particular; nesse meio tempo, as intenções que são despendidas em razão daquele caso concreto se fundem com o complexo jurídico que cerca o juiz.

Neste momento é importante destacar a característica funcional e intencional da consciência. Streck concebe uma consciência que, segundo ele, é solipsista. A abordagem que fiz no parágrafo anterior é um prato cheio para qualquer hermeneuta julgar a consciência nos mesmos moldes reducionistas de sempre. Mesmo que o juiz esteja com a sua operação focal direcionada a um caso prático em particular, a atenção subsidiária ainda está operando¹⁴¹.

¹⁴¹ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 155.

Esse é o ponto que afasta as teorias da filosofia da consciência da teoria do professor Streck: enquanto ele acredita ser a consciência um mero recipiente de ideias, Voegelin a concebe como sendo uma via de mão dupla, onde as operações intencionais estão todas ligadas e amarradas. Isso é real e está acontecendo agora, por todos os lados e em todos os indivíduos¹⁴².

Acontece que alguns sujeitos, no nosso caso os juízes, são obrigados a tomarem decisões que vão, conseqüentemente, afetar a vida de outros sujeitos de forma direta e indireta e a condição da existência do homem está fundada na existência de probabilidades que são mais ou menos prováveis do ponto de vista das escolhas a serem realizadas. A passagem da ideia de uma decisão absoluta para a crença na relatividade que a vida da consciência impõe é um caminho perigoso e ainda tem conseqüências importantes para os pensadores do direito contemporâneo. Elaborar uma definição totalmente segura e coesa do que seriam as decisões judiciais precisa, sem a menor dúvida, passar pelo crivo da consciência.

Então, as operações focais vão estar ligadas às operações subsidiárias, mas há um problema: a falta de referência. A hermenêutica filosófica tenta varrer a subjetividade dos aplicadores do direito com a lógica de um sistema bem ordenado e é assim que, como já dizia Bergson, a Teoria da Resposta Correta pode ser considerada um “cartesianismo diminuído, estreito, segundo o qual a vida mental seria apenas um aspecto da vida cerebral, com a pretensa alma reduzindo-se ao conjunto de certos fenômenos cerebrais aos quais a consciência se somaria”¹⁴³. Ou seja, enquanto a consciência for vista apenas como um fenômeno secundário e até mesmo acidental, não encontraremos formulações relativamente relevantes a respeito de como se procede ou não uma decisão judicial. Em todo caso, apenas um exame atento da vida da consciência pode nos levar a crer que ainda há chances de se teorizar as decisões judiciais de forma prática sem que se recorra ao círculo hermenêutico.

A doutrina da hermenêutica filosófica não consegue responder uma pergunta básica, mas que envolve numerosas conseqüências: se o direito é relativamente aceitável, porque os juízes não o aplicam simplesmente de forma

¹⁴² VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 156.

¹⁴³ BERGSON, Henri. *A energia espiritual*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 40.

correta? É aí que a hermenêutica filosófica se perde e não consegue captar a substância da política que acontece por meio das decisões judiciais. A ciência política, de forma geral, adotou um caminho diverso daquele que poderia fazer a relação entre a vida da consciência e a comunidade política; assim, ao homem foi atribuído o caráter de substância solitária, que não se vincula com o todo a que pertence¹⁴⁴. Talvez seja por isso que o professor Streck ainda concebe erroneamente a realidade do homem como sendo meramente solipsista.

Não bastasse as complexidades dos problemas, os hermeneutas, de forma geral, estão fundados em bases que não são comprovadas empiricamente; ou seja, sem confirmação empírica possível, acreditam piamente que o homem, de fato, é uma substância isolada e assim opera, de forma sempre isolada e fragmentária. O problema é que as individualidades são fortes o suficiente para levarem os hermeneutas a crerem que a acumulação de atos individuais resume todo o complexo existencial do homem. Agora, a pesquisa precisa ultrapassar os limites dos fenômenos para que as experiências ordenadoras apresentem-se de forma evidente. Isso quer dizer que o tempo que emerge da consciência e se abre à configuração da realidade prática vai criar as estruturas de participação e diferenciação da realidade política e social. Os eventos sociais, políticos e jurídicos precisam ser esclarecidos pelos índices noéticos do ser eterno e do ser no tempo, de modo que a história acaba assumindo tendo uma estrutura transcendental; daí decorre o fato de que as experiências individuais e concretas vão estar em comunicação com o tempo e com a existência da realidade política, de modo que a realização do complexo social passa, necessariamente, da pessoa para a ordem pública.

É claro que a quantidade enorme de culturas e racionalidades vai interferir no grau de diferenciação de um complexo social, mas as linguagens equivalentes, mesmo que separadas por séculos, fazem com que a

¹⁴⁴ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 292.

humanidade, de forma universal, encontre o polo do movimento das experiências pessoais em direção ao fundamento eterno do ser¹⁴⁵.

Essa quantidade de conceitos precisa ser traduzida em termos jurídicos. As individualidades são as decisões dos juízes; o tempo que emerge da consciência é a própria realidade existencial de cada indivíduo que se traduz na vida concreta que se tem; os eventos jurídicos, ou seja, as decisões, precisam ser esclarecidas com base na estrutura do fundamento do ser -- esse esclarecimento talvez seja a referência que ainda nos falta, mas isso ainda é uma especulação, ou seja, quando um juiz vai decidir, os atos operativos da consciência precisam de uma referência ou então ainda estaremos no ponto de partida de toda a investigação e presos ao círculo hermenêutico. Por isso, é necessário alegar que, se o direito é fruto dos atos operativos da consciência, há chances de estarmos diante de uma estrutura transcendental que ainda não conhecemos bem.

As experiências individuais nos interpelam novamente e assumem a concretude dos atos jurídicos que alteram o mundo de alguma forma. Então, se a ordem social precisa passar da pessoa para a comunidade como um todo, pode-se acreditar que as decisões fazem referência direta àquilo que Streck alega ser o monstro invisível da pós-modernidade: o sujeito solipsista. Agora, se esse sujeito pode ou não ser controlado, é uma questão a ser provada. Acontece que, o suposto estranhamento que deve acontecer com aqueles que aplicam o direito diz pouco ou quase nada sobre o que realmente deve acontecer com quem decide de forma errada. Mas, se a filosofia precisa ser constituída de símbolos próprios que tenham a capacidade de conceituar a realidade do homem, é claro que o papel dos juízes é singular à existência do homem em sociedade.

O primeiro resultado dessa análise seria uma teoria do conhecimento jurídico que viesse a ter contato direto com a comunidade. Contudo, essa construção iria se demonstrar insuficiente quando a distância interpretativa que existe entre os sujeitos e a realidade não fosse preenchida por novas interpretações que guardem a máxima relação possível com o fundamento normativo.

¹⁴⁵ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 342.

Se um juiz não sofre com as dores do estranhamento, o que fazer? A resposta ainda não foi encontrada. Se o contexto das experiências for esquecido, torna-se impossível racionalizar a existência em comunidade. Além disso, enquanto os juízes não forem tidos como sujeitos, que atuam de forma operativa e consciente, qualquer filosofia não vai passar do conteúdo pré-analítico dos problemas. Nesse sentido, o professor Streck estaria menos propenso a aceitar que a suposta mudança de paradigma que aconteceu que o *linguistic turn* não foi tão paradigmática assim. Por isso é que a tal relação sujeito-sujeito ainda é precária por não levar em consideração a vastidão das experiências que não necessariamente acontecem em uma relação intramundana de existência.

Em termos de aceitação, a filosofia da consciência ainda vai carecer de uma teoria nova que comungue o direito e o homem. Isso que dizer que a Teoria da Resposta Correta não está errada, mas ainda é insuficiente em alguns aspectos. Uma investigação de base noética, pois a *metaxy* da experiência não é um tipo de entidade acerca da qual se possa fazer formulações totalmente objetivas¹⁴⁶. E muito ao contrário do que se pensa, o monismo gnosiológico de Heidegger deixa muito a desejar quando não leva em consideração o fato de que a consciência humana se vê envolvida e entrelaçada em um contexto social que nem sempre deixa claro quais seriam as principais relações e papéis a serem desempenhados. Contudo, Heidegger está correto quando diz que a linguagem é a casa do *ser*.

É impossível que o filósofo conheça a totalidade do *ser*, mas pode adquirir um certo conhecimento que é parcial, mas que vai garantir uma boa quantidade de símbolos e conceitos a respeito do que é efetivo ou não em termos de finalidade histórica. O problema é que o direito não permite essa distância interpretativa e preciso concordar com o professor Streck que isso é extremamente prejudicial. Mas, se um quadro de referência não for confeccionado, no qual os juízes assumem o papel de reconhecimento social por meio de uma consciência referencial, nada de muito efetivo pode se esperar para além da expressão fiel que os hermeneutas têm do existencialismo.

¹⁴⁶ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 158.

Daí decorre o fato de que as experiências individuais e concretas vão estar em comunicação com o tempo e com a existência da realidade política, de modo que a realização do complexo social passa, necessariamente, da pessoa para a ordem pública. Em termos jurídicos, a transcendência, que foi posta à margem dos debates acadêmicos, ainda nos poderia ser útil se uma filosofia do reconhecimento realmente fosse colocada em prática. Na sua ontologia, o professor Streck acaba recorrendo a uma modalidade sistêmica uniformizadora, sem que perceba que o homem é, antes de tudo, formador de identidades especulativas por meio das linguagens inadequadas. Se as linguagens que o homem tem à mão fossem, logo de início, adequadas em sua totalidade, nada de muito útil poderia ser encontrado no esforço histórico para o desenvolvimento das culturas.

Por isso é que a filosofia da consciência é tão inovadora quando comungada com o direito, pois trata-se da tentativa de criar uma teoria alternativa, que venha a abranger a problemática dos fundamentos reflexivos do sujeito que, necessariamente, vai desempenhar um papel judicial na forma de uma decisão. Não se trata de analisar os fenômenos friamente, mas precisamos rejeitar as exigências padronizadoras da consciência e avançar na criação de novos conceitos que sejam capazes de apontar o ponto em que efetivamente perdemos o contato com a realidade. Sobre essa discussão, o professor Streck já desenrolou páginas e páginas muito esclarecedoras. O que deve ficar claro é que ainda não encontramos as respostas que apontem as deficiências conjunturais da atuação dos indivíduos no campo jurídico. Ou seja, se as decisões judiciais são atos intencionais, mas que estão devidamente ligados a todo um contexto histórico e jurídico, porque é que os juízes não decidem de forma correta?

Assim, as respostas para tais perguntas não são tão fáceis de serem encontradas. Essa estrutura paradoxal que existe entre linguagem-realidade ainda guarda uma série de conceitos com os quais ainda não estamos totalmente familiarizados. A Teoria da Resposta Correta, então, foi totalmente esclarecedora como instrumento de análise e verificação de quais pressupostos do Direito estão sendo seguidos à risca ou não. A opinião convencionalista limita a atuação direta de teorias desse tipo e é justamente contra o consenso que Streck milita. O problema é a realidade na forma de

uma consciência que tem uma estrutura precisa ser pautada pelos atos conscientes que são o que Voegelin chama de *primeira realidade*. Segundo o autor, o complexo da realidade do homem é formada por camadas de compreensão e atuação, nas quais o Direito também está inserido e faz parte. Seguindo o raciocínio, quando uma parcela de determinada camada se torna problemática, vindo a perder o contato direto com os símbolos criados daquele complexo, Voegelin diz que surge, então, um *segunda realidade* que é fragmentária e errada por definição, pois perdeu o contato com o fundamento do *ser*¹⁴⁷.

Essa parte da teoria de Voegelin é muito parecida com as tradições autênticas e inautênticas de Dworkin, que Streck faz referência e que já foram mencionadas neste trabalho. Essa inversão peculiar de realidade, que vemos em Voegelin e Dworkin, é o resultado das operações da consciência que age em sujeitos concretos que votam, têm família, trabalham e, no caso dos juízes, decidem. Por isso, criar uma “ciência da experiência da consciência” é um dos objetivos que podem nos seguir e termos de teoria do Direito e da política. Em todo caso, a Teoria da Resposta Correta da hermenêutica filosófica abriu um espaço que até então era desconhecido pelo homem. Essas transformações não podem ser explicadas em outros esquema que não seja a presente consciência problemática que o homem tem de si mesmo e do todo que o cerca.

¹⁴⁷ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 80.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema a respeito das decisões judiciais é tão antigo que até mesmo Dom Quixote o conhecia. Certa vez, na companhia de alguns pastores do campo, em meio às suas aventuras, Dom Quixote passou a falar do que lhe afligia. Dentre os vários problemas por ele levantados, o seu discurso terminava com a lembrança de uma época na qual “não havia fraude, o engano nem a malícia se misturando com a verdade e a candura. A justiça se mantinha em seus próprios termos, sem que ousassem maculá-la nem ofender o favor e o interesse, que agora tanto a depreciam, envilecem e perseguem. A arbitrariedade ainda não tinha se assentado na cabeça do juiz, porque então não havia o que julgar nem quem fosse julgado...”¹⁴⁸. Com o surgimento dos problemas sociais, o papel dos juízes passou a ser indispensável, é o que se depreende da fala do nosso cavaleiro. Por isso, esse tema se impõe como sendo necesssário. A partir do século passado, fomos tomados pela necessidade cega da objetividade científica que, a longo prazo, está conseguindo controlar o Direito, principalmente nos debates acadêmicos que são formados, na sua grande maioria, por investigadores tímidos que ainda são reféns de pseudoteorias.

Mesmo que a nossa existência histórica seja levada a sério, há grandes chances de encontrarmos muita dificuldade na libertação do que ainda nos amarra à caverna platônica. Talvez perdemos a sensibilidade ao toque do cordão de ouro da justiça; talvez ainda estamos buscando o que nunca encontraremos; talvez ainda estamos enganando o coração; talvez ainda não nos aceitamos; talvez ainda procuramos em vão em caminhos que não trazem a solução; talvez...

Não é nem mesmo usual, hoje em dia, que essas questões sejam levantadas em uma dissertação de mestrado -- muito menos em um curso de pós-graduação *strictu sensu* em direito. Seria antes uma tentativa que parte de uma vida em constante crise de realidade ou apenas a tentativa de encontrar um sentido para a existência do homem? Ou as duas perguntas se fundem e a resposta seria única? Ocupando-se da natureza do problema, além de ser

¹⁴⁸ CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote de La Mancha*. São Paulo: Pinguim, 2012, p. 136.

extremamente desgastante, há um ciclo que se interrompe e que, quase ao mesmo tempo, penetra no campo dos princípios jurídicos, filosóficos e pessoais.

Mas acontece que, entre tudo o que se possa desejar, a filosofia ainda é a mais sublime satisfação. Platão já sabia disso, tanto é que sustentou até a morte o amor pelo justo louvor a uma alma devidamente ordenada. Assim sendo, como realmente acontece de ser, não existia outra possibilidade a não ser entrar com o peito aberto nessa investigação a respeito do direito. Parece-me que os limites que a academia letrada nos impõe precisam ser ultrapassados de uma vez por todas, talvez acontecendo aquilo de que todos fogem: o acréscimo de aflições à nossa existência. Depois de fornecida toda uma lista de problemas, a filosofia nos surpreende com novas perguntas e suposições até aquele momento não pensadas. Confrontando de forma direta, talvez não seja grande a expressividade da filosofia do direito na prática do direito, dizem os juristas mais renomados. Mas também sabemos de outros tão renomados quanto aqueles que acreditavam ainda não existir um pensamento genuinamente brasileiro a respeito da filosofia e do direito¹⁴⁹.

Nesse caso, a única coisa que podemos fazer é investigar aquilo que nos cerca e tentar encontrar uma solução. É verdade que a filosofia sempre foi combativa e essa é uma de suas características, mas o que se vê hoje não é um verdadeiro combate. A ausência a que me refiro é justamente a ausência do combate honesto e apaixonado. Onde estão os amantes da filosofia? Onde estão os amantes do direito? Para além daqueles que são despertados na vigília da noite pela necessidade de escrever ideias soltas no papel há um grupo que dominou quase todas as trincheiras dessa guerra: eles são os pseudofilósofos. Daí a necessidade de se refletir, além de tudo, sobre o que realmente seria uma debate ou sobre o que realmente seria necessário para se escrever uma dissertação, tese, artigo, ensaio ou qualquer outra coisa. Em outras palavras: há algo de extremamente essencial para um investigador? Resposta: uma consciência que tem sede, diria Lonergan¹⁵⁰.

¹⁴⁹ REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 336.

¹⁵⁰ WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 156.

Digo então que o centro do problema pode ser mesmo esse: o jurista está perdido, sem sentido, buscando encontrar, tentando pensar e sem saber o que fazer. Sob o impacto que essa informação pode trazer está também assentado o problema de como e onde encontrar uma solução para os problemas jurídicos. Ainda estamos nos exibindo para a tristeza da solidão de uma existência ínfima e sem significado, diria Voegelin¹⁵¹.

Assim podemos simplificar o caminho percorrido até aqui: i) o jurista é um indivíduo; ii) se é um indivíduo, provavelmente precisa de outros indivíduos para viver e com certeza está inserido em um complexo social; iii) se está em um complexo social é porque está inserido em um contexto ideológico que vai garantir ou não a sua subsistência; iv.1) se existe, há grande chance de ser feliz; iv.2) se apenas subsiste, há grande chance de passar por essa terra sofrendo as agruras de sua própria vida; v) todos os indivíduos dependem, querendo ou não, do direito -- o direito regula nossas vidas; vi) se dependemos do direito, então precisamos que o complexo jurídico seja coerente, abrangente e efetivo, quase que ao mesmo tempo. Esse é o caminho que se percorre ao analisar o mapa de uma vida em sociedade. Contudo, isso tudo quase não acontece ao mesmo tempo e em uma escala aceitável. A qualidade das nossas vidas ainda depende em muito da boa vontade de governantes com intenções quase que totalmente viciadas. A nossa felicidade ainda depende da capacidade de lutar contra a agressividade de um sistema de produção complexo que não nos abra chance de debate ou argumentação.

Estamos feridos e os ferimentos sociais atingiram profundidades que não há argumentos lógicos capazes de serem usados como cura. O câncer está sendo tratado com aspirina. E quem poderia lutar? Os teóricos do direito! Estamos sendo, dia após dia, convidados a submergir em um mar de inconsciência. O pior de tudo é que os juristas sempre foram considerados uma parcela relativamente sã da sociedade. Isso se deve ao fato de que o direito, por si só, é totalmente engessado e as mudanças demoram muito tempo para acontecer. Mas aconteceram. Estamos vivendo tempos de manipulação. Tempos de contrassenso lógico. A consciência individual foi morta e aqueles que ainda guardam algum feixe de lucidez são perseguidos e vitimados.

¹⁵¹ VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010, p. 178.

Há um hiato entre o mundo real e aquilo que somos na nossa forma corpórea. Estamos no mundo e agimos no mundo. Então, não há sentido em escrever uma só linha que não seja ao mesmo tempo parte de mim e parte do mundo que pretendo edificar com minhas ações. Na verdade, antes que isso possa acontecer ou não, o grosso calibre das discussões acadêmicas nunca foi tão vazio de significado e agressivo nos resultados: estamos a matar colibris com tanques de guerra.

O problema fica mais grave quando ainda não se entende realmente que toda e qualquer filosofia traz consequências enormes para o mundo dos viventes. Por isso, Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez tem total razão quando diz que “o surgimento da filosofia foi um acontecimento surpreendente na história da humanidade. Ainda hoje, tal acontecimento é de grande importância para a compreensão da sociedade Ocidental e para a evolução do processo civilizatório humano”¹⁵². Isso significa dizer que não se sabe ainda com exatidão no que uma ou outra tendência teórica pode resultar a longo prazo. Mas já sabemos que estamos fazendo pouco e o pouco que se tem feito serve apenas para limitar as nossas capacidades enquanto indivíduos.

Se de um lado o direito ainda é útil à sociedade, de outro, ainda estamos muito aquém de realmente cumprir com os mandamentos de um sistema jurídico totalmente compromissório. Trocando em miúdos: o direito precisa atuar nas nossas vidas e alterar substancialmente o andamento de uma sociedade doente como a nossa. A pergunta, então, é: existe alguma relação efetiva entre o direito como o conhecemos e a realidade prática de sua aplicação, a ponto de ser totalmente exigível do homem as reparações pela má administração de sua própria vida em sociedade? Ou seja, o direito está em crise, mas essa crise seria, antes de tudo, uma crise no próprio homem? Há alguma relação entre o que se concebe como sociedade e os objetivos que se alcança ou não com o direito?

Diante dessas dúvidas, acredito que ainda não temos as devidas respostas e a verdade é que sabemos muito pouco sobre o que acontece nessa ponte nebulosa que liga o homem e o direito. Tão problemático é esse assunto que quase nada no Brasil se sabe sobre a crise da crise no direito.

¹⁵² GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *Teorias e Filosofias do Direito e da Justiça (Idade Antiga)*. Rio Claro: Biblioética, 2013, p. 10.

Pode parecer até mesmo uma cosmovisão de um todo desordenado, mas durante este trabalho, saltos foram dados a fim de que o leitor entenda realmente qual é a gravidade do problema. Algumas questões mais complexas do direito escondem a gravidade de uma filosofia deformadora, que pode vir a desvirtuar o coração do homem e a cegar os olhos. Enquanto o resto do mundo, frenético, busca o aumento do lucro, o prazer em excesso, o filósofo foge do ócio de uma existência rasa e sem sentido, buscando sempre, uma nova forma de liquidar para sempre com seus fantasmas¹⁵³.

Então, se ao direito foi arrogada uma condição de supremacia metodológica e de objetivos, vale lembrar que o homem ainda é uma das partes integrantes dessa engrenagem. Se isso for verdade, pode-se dizer que estamos muito longe dos resultados absolutos a respeito do direito e da ciência política, de forma geral. A vontade de obter resultados totalmente objetivos leva o homem a tentar cercar a realidade a ponto de nada mais ser possível se não for demonstrado quantitativamente. Por ser assim, a pesquisa a respeito do direito tem respeito apenas os limites de pseudofilosofias. Chega-se até a dizer que a filosofia é inútil ao direito. Mesmo assim, devemos a uma interminável geração de pensadores aquilo que conhecemos como sendo o direito e a ciência política de hoje. Mesmo assim, nada impede que retornemos a alguns pressupostos fundamentais que podem nortear o direito novamente.

O diagnóstico sobre o que poderia ou não edificar o mundo jurídico foi deixado de lado após a enxurrada de filosofias das mais diversas que invadiram as pesquisas acadêmicas. O maior problema, com toda a certeza, é superar os sistemas pseudocientíficos, que impedem o debate franco e racional quando atribuem às ciências humanas uma característica de dependência. Por consequência, limitações medonhas na forma de pensar e se conceber a realidade acabaram acontecendo e o direito foi colocado em um patamar de quase uma ciência exata. Consequentemente há uma distancia interpretativa¹⁵⁴. Então, o primeiro momento da pesquisa acaba por ser necessário para se concluir que as experiências de participação dos indivíduos são aquilo que tornam nossa vida possível. Em um segundo momento, a

¹⁵³ HENRIQUES, Mendo Castro. *Olá, Consciência*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 258.

¹⁵⁴ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 143.

participação na experiência da vida é a própria forma de conhecimento. Disso decorre a conclusão mais óbvia que se pode ter: o pensar e o existir não estão condicionados a qualquer forma objetiva de vida. Na verdade, esse é um debate que parece pueril, mas guarda toda a relação entre o direito, o homem e a realidade do homem. O contrário é justamente a inibição do polo subjetivo da consciência, que vai impedir o pleno desenvolvimento da vida em sociedade.

A ideia reguladora de todo um sistema precisa se autoafirmar como fonte de verdade ou o próprio sistema vai ser contraditório. Isso equivale a dizer que o direito precisa de uma série de microssistemas que servem de base para o mundo jurídico da existência e aplicação das normas. Então, trata-se de tentar expor temas correlatos ao direito e à forma como o homem vive nas pós-modernidade. Se é verdade que o desenvolvimento se dá de forma acelerada e efetiva, porque então o direito ainda é precário e fragmentário? Talvez a resposta seja que perdemos o contato com conceitos globais de referência que tenham a capacidade de ordenar a existência do homem. Trata-se de tentar desenvolver uma nova forma de analisar o direito, mas isso é possível em um estágio muito avançado de desenvolvimento teórico. O que caberá aos teóricos é tentar demonstrar se ainda existe uma ponte de ligação entre o direito e a realidade do homem por meio da consciência.

O que acontece não é uma completa ausência da cultura jurídica; é a desculturação que apenas garante como sendo válido aquilo que passe pelo crivo de uma vida meramente operatória. Sobre esse tema Mendo Henriques dedica uma série de conceitos baseados em Voegelin, de modo que podemos auferir que as capacidades mentais dos indivíduos estão cada vez mais ressaltadas e competentes naquilo que fazem, mas isso realmente não tem resolvido metade dos nossos problemas existenciais, de modo que o fechamento do espírito se tornou, talvez, o maior mal desse início de século, coisa que Bergson já há muito nos alertava¹⁵⁵. A vida do homem foi reduzida à faticidade, que é considerada a única via de acesso à realidade que conhecemos. Mesmo os adeptos de uma vida pautada apenas pela faticidade precisam ser fortes: não é nada fácil aceitar a proibição da vida da consciência.

¹⁵⁵ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 153.

Basicamente, pode-se dizer que o que acontece com o direito é uma crise de pressupostos e até mesmo de identidade, coisa que Streck fala com muita propriedade¹⁵⁶. O homem não esperou a filosofia para começar a pensar seus paradoxos, da mesma forma que a própria filosofia não pode ser tida como portadora de uma verdade quase que definitiva. Então, o que nós conhecemos é a história do homem e todos os eventos correlatos à existência do homem precisam ser analisados dentro de um complexo histórico muito amplo. Por isso, quando se fala que o direito está em crise, não se pode esquecer jamais que o direito não nos é dado como um objeto pronto e acabado. É também um preceito elementar de uma análise filosófica a demonstração de que tudo o que acontece faz parte de um complexo esquema de puxão e contrapuxão das forças existenciais do homem. Isso quer dizer que o homem atua de forma quase cega no drama do ser e essa atuação não vai ser facultativa: não importa o que o homem seja, ele precisa participar do todo que dá a possibilidade de sua existência¹⁵⁷.

Apenas esse trecho anterior já tem a capacidade de suscitar uma série quase interminável de questões sobre as quais poderíamos nos ocupar durante muito tempo. O que é interessante perguntar, nesse ponto final da pesquisa, é o que realmente significa investigar algo no âmbito do direito? A resposta pode passar perto da afirmação de que, ao contrário das ciências exatas, o direito precisa de um desenvolvimento estrutural que seja capaz de dar ampla cobertura aos diversos tipos de fatos sociais e, quase ao mesmo tempo, proporcionar critérios eficientes de avaliação e decisão. Obviamente, todos esses aspectos nos fazem chegar à conclusão de que o direito precisa, necessariamente, operar de forma coerente sobre as diversas formas possíveis de atuação dos homens em sociedade, sempre respeitando a concretude de suas bases objetivas. Isso quer dizer que, antes de tudo, o direito precisa ter íntima relação com a vida política e social de um povo. Caso isso não aconteça, estaremos diante da mais evidente falsificação da realidade do homem, coisa que Dworkin chamaria de “tradição inautêntica”.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 489.

¹⁵⁷ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 456.

O uso moderno e predominante de termos como “direito”, “ciência política” ou “teoria geral do estado”, está imerso na mais perfeita crise das ciências humanas. Obviamente, isso faz com que cheguemos à questão mais complexa a respeito do direito: porque o direito não é efetivo como deveria? Se a resposta fosse fácil de ser encontrada, não seria necessário e nem razoável que uma quantidade quase inestimável de artigos, dissertações e teses fossem escritos.

Precisamos encontrar os pontos de convergência entre a realidade do homem e a realidade jurídica e isso só é possível se a investigação for guiada pela motivação inicial dos autores e dos próprios indivíduos, tratando-se de uma tentativa mais ou menos parecida com a dos escavadores de um poço. É preciso, portanto, tentar encontrar o fio condutor que converge as respostas particulares e as generalidades de todo tipo¹⁵⁸. Essas considerações são, antes de tudo, parte de um drama da existência do próprio investigador que precisa lutar para garantir a permanência daquilo que é real em suas concepções e, ao mesmo tempo, abrir sua consciência para o fundamento eterno do *ser*, de forma que o equilíbrio entre a atração dos polos objetivo e subjetivo da consciência seja resistente o suficiente para não se degradar.

Assim, essa pesquisa nasceu da encruzilhada em que se encontra o direito: como garantir a máxima realização dos direitos sociais fundamentais em um país culturalmente e juridicamente fragmentário? Para criar uma teoria que tenha a capacidade de abranger todos, ou pelo menos grande parte, dos problemas jurídicos contemporâneos, uma agenda de investigações seria necessária. Talvez seja por esse mesmo motivo que Voegelin já sabia que “os problemas de ordem humana na sociedade e na história se originam na consciência. Portanto, a filosofia da consciência é a peça central de uma filosofia da política”¹⁵⁹. Se esse conceito for estendido ao direito, o problema fica particularmente desgastante. Esse conteúdo teórico sobre o homem foi praticamente negligenciado na filosofia do direito contemporânea, de modo que o leitor pode ver resultados pseudocríticos com uma roupagem de ciência jurídica.

¹⁵⁸ HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 15.

¹⁵⁹ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 43.

O resultado mais importante de qualquer pressuposto teórico é o fato de que o direito nunca mais foi visto de forma mecânica e procedimental, isso porque, diante das possibilidades, o primeiro encontro do direito com as diversas linhas de pesquisa da filosofia contemporânea já aconteceu antes mesmo que a pretensão de escrever essa dissertação fosse possível. Hoje, ainda me faltam conhecimentos históricos e filosóficos para ir além da crítica, “pois a consciência é uma participação no fundamento do ser, cujo logos tem de ser trazido à luz através da exegese meditativa de si mesmo”¹⁶⁰.

Contudo, “a consciência é o centro luminoso que radia a ordem concreta da existência humana na sociedade e na história”¹⁶¹. Isso quer dizer que a realidade do homem é a própria história da busca pela ordem na história. Em outras palavras, o homem é o que é porque busca a realidade do fundamento eterno do *ser*. Então, uma filosofia política só é efetiva quando consegue chegar até o limite em que as experiências tocam a realidade no sentido preciso da representação da realidade pelo símbolo que se denomina “homem”. Já que a análise do direito tem se limitado aos jogos de poder e teorias políticas, a análise da realidade a partir da consciência pressupõe os movimentos operativos e intencionais. Isso quer dizer que o direito precisa ultrapassar os limites meramente procedimentais e assumir as categorias de uma investigação realmente efetiva acerca do que constitui a interação entre o homem e a realidade que o cerca. Assim como o estudo da consciência é necessário, diversos conceitos precisam ser refeitos para que as observações que um trabalho analítico possa alcançar sejam minimamente relevantes.

Com o avanço das pesquisas, as filosofias da linguagem demonstraram ser filosofias capazes de interpelar um assunto em todo e qualquer caso, mesmo antes de sua origem ou debate. Daí que a consciência também demonstrou, muito obviamente, ser a porta de entrada para o mundo todo, por meio da linguagem.

Toda sociedade está inserida em uma realidade e tem a tarefa de criar uma ordem particular que garanta o significado de sua existência¹⁶². O

¹⁶⁰ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 44.

VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 44.

¹⁶² *Ibidem*, p. 27.

problema é que atualmente se tem a concepção de que as formações sociais antigas são supostamente ultrapassadas, pois as grandes sociedades contemporâneas guardam o conhecimento necessário e possuem o avanço tecnológico suficiente para seu pleno desenvolvimento. Por isso, Quilici Gonzalez dedica um livro inteiro a estudar as teorias e filosofias do Direito e da justiça na Grécia antiga, pois a busca pela ordem nas sociedades nada tem a ver com avanços e retrocessos¹⁶³. Antes, a realidade que o homem experimenta pode ser alcançada, em alguns aspectos, até mesmo quando um suposto esquecimento sobre a ordem anterior é atingido. Mesmo não sendo possível padronizar o avanço do homem na história do desenvolvimento da ordem, uma estrutura de esforço é perfeitamente inteligível: é a estrutura da consciência.

Então, se isso for verdade, o direito é um componente da busca do homem pelo fundamento eterno do *ser*, pois está inserido na realidade política e social a ponto de transformá-la ou deformá-la. Mas há um problema: essa ordem de acontecimentos não pode ser alcançada como uma estrutura; antes, a forma inteligível que a história assume é o próprio desenvolvimento da consciência, que podem se expandir ou entrar em estagnada clausura. E as formas simbólicas que chegam até nós como um dado quase que acabado precisam ser elucidadas por meio de um retrospecto que vai chegar até o limite das experiências motivadoras. Isso tudo, num primeiro momento, apenas quer dizer que a consciência é a própria estrutura da história e que o homem participa ativamente nesse drama de descobrimento, velamento, encantamento, avanço e regresso. Um sem-número de material foi produzido sem que esse aspecto em particular fosse levado a sério, de modo que os principais tipos de ordem e desordem nos quais o homem está participando não nos afetam como um simbolismo válido.

O homem precisa saber de si mesmo; e precisa saber que está condicionado por uma ordem social que ele efetivamente faz parte. Essa é uma questão que não é especulativa, pois trata-se de um fato empírico exato. Se o direito é fragmentário, combater o que o destrói é uma questão de vida ou morte. Assim, a investigação filosófica talvez seja o remédio mais eficaz que

¹⁶³ VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009, p. 30.

ainda temos à mão. Entretanto, o conhecimento a respeito do direito, por mais objetivo e eficaz que seja, sempre vai guardar um ponto mínimo de contato com a subjetividade dos sujeitos que o aplicam. Isso se deve ao fato de que nem todo conhecimento é justificável em termos objetivos no sentido Kantiano ou de Descartes. Na verdade e antes de qualquer coisa, o ponto de partida dessa pesquisa é justamente o fato de que ainda temos muita dificuldade em justificar todo conhecimento que nos cerca ou que empregamos em nossa vida prática e cotidiana.

Assim, como justificar a aplicação fragmentária e residual dos direitos sociais fundamentais em decisões devidamente fundamentadas? Essa pergunta foi à medida que a pesquisa se desenvolveu de forma a tornar o trabalho minimamente claro e sempre com ligação a esse ponto chave. Essa dissertação tem, pode-se dizer, um duplo propósito. Em primeiro lugar, pretendi demonstrar como o estudo das Teorias da Decisão Judicial é de extrema importância. Em segundo lugar, pretendi abrir o campo para uma futura teoria da decisão que vai ter a filosofia da consciência como fundamento. No capítulo penúltimo capítulo, o contraponto foi feito, de modo que as teorias da consciência puderam estar comparadas com a hermenêutica filosófica.

O atual estado das decisões judiciais justifica um trabalho desse tipo, principalmente quando ainda não se encontrou uma teoria que tenha a capacidade de realmente resolver os problemas jurídicos que conhecemos. Uma série de fatores poderia ser elencada com o objetivo de esclarecer alguns pontos principais que merecem a atenção dos pesquisadores do direito em tempos de efetivação dos direitos sociais fundamentais e se realmente esse for um objetivo justificável para o direito, creio que as teorias da decisão são um caminho a se seguir. É justamente por isso que o trabalho dos doutrinadores, professores e aplicadores acontece: porque o direito precisa existir e ele se torna real quando é aplicado. Ora, se o direito que chega até nós é o resultado das decisões que são tomadas, não seria absurdo ter as teorias da decisão como *elã* deste trabalho.

Mesmo que diversas sejam as formas de se abordar uma realidade social, o homem sempre vai ser um indivíduo político. Nesse sentido, pode-se ter o direito como um epifenômeno ou como um fenômeno que faz parte da realidade existencial do homem. Quando um Richard Posner faz uma

abordagem totalmente econômica do direito, pode-se dizer que o que está em jogo é muito mais o resultado quantitativo de uma série de resultados que causam ao direito um tipo de dependência do que a aplicação do direito enquanto necessidade social. O problema é que, e agora dou razão ao professor Streck, abriu-se o espaço da discricionariedade. Foi aí que uma mudança de paradigma aconteceu e a linguagem invadiu o direito e a filosofia.

Bem no estilo de Martin Buber, quando escreve *Eu e Tu*¹⁶⁴, o reconhecimento só é evidente quando nos toca e nos faz perceber a grandeza de tudo que está no outro e que nos cerca e faz sermos nós mesmos. Podemos crer, e com muita razão, que vivemos os tempos nos quais os maiores avanços tecnológicos acontecem; não seria a incapacidade ou falta de inteligência dos homens que nos impediria de mudar os quadros de referência que conhecemos como sendo as multiculturas, mas, ao mesmo tempo em que o caos literalmente se instala, vemos o crescimento de novas formas e abordagens da história, das artes, da música, do direito, da filosofia etc. Contudo, o que nos impede de renovar nossos votos com os compromissos reais e efetivos de um Estado Democrático de Direito ainda é questão a ser respondida. O que não se percebeu foi o fato de que perdemos a referência. Se a falta de familiaridade com conceitos clássicos da filosofia fez com que a perda da realidade nos atingisse, cabe ao filósofo tentar resgatar a estrutura original que surgiu, necessariamente, na consciência de indivíduos concretos. Ora, sem respostas provisórias, não chegamos a lugar nenhum e isso talvez seja a grande promessa da filosofia da consciência: tentar traduzir a quantidade não digerida de materiais que indicam os critérios pelos quais se toma uma decisão jurídica.

Enquanto os teóricos do direito não vencerem as limitações de uma racionalidade meramente operatória, o fenômeno da desculturação vai continuar nos engolindo. O problema não é a falta de uma cultura, mas a distorção daquilo que deveria estar no lugar da cultura que, virtualmente falando, dominou a facticidade. Assim, a vida da consciência é suprimida e os critérios para o estabelecimento de uma vida sadia em comunidade são quase ou totalmente esquecidos. Em termos jurídicos, isso reflete a condição precária

¹⁶⁴ BUBER, Martin. *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001, p. 32.

das garantias dos Direitos Sociais Fundamentais que, hoje, são tidos talvez como uma promessa ainda a ser cumprida. Mas a efetivação desses direitos não cai do céu; isso quer dizer que os sujeitos fazem com que os direitos aconteçam praticamente e, se assim é, precisamos urgentemente nos questionar a respeito das exegeses que são empreendidas na busca rigorosa de critérios para as decisões judiciais. A distorção da pesquisa a respeito do direito chegou ao limite onde pesquisas desse tipo são mais que urgentes, constituindo a ocasião perfeita para uma nova mudança de paradigma.

Durante décadas a fio, diversas linhas de pesquisa se estabeleceram no campo jurídico, algumas mais e outras menos relevantes, mas tudo o que se escreve vai refletir o atual estágio do desenvolvimento cultural, intelectual e até mesmo da consciência dos acadêmicos do direito. É preciso, portanto, descobrir o ponto de convergência entre as respostas particulares e a direção que estamos tomando. É claro que uma série quase interminável de perguntas são feitas sobre o direito, mas o que dá real validade a uma pesquisa é a sua coerência interna e externa, de modo que o processo de meditação no qual o autor está inserido venha a ser, antes de tudo, um conjunto de formulações que não venham a invalidar as anteriores. Assim, o processo vai se tornando mais evidente na forma de graus de esclarecimento da consciência de quem escreve e se insere naquele complexo teórico e prático.

Conciliar a atuação do judiciário e os anseios e necessidades comuns a todos os indivíduos ainda é uma situação a se enfrentar e o caminho desse enfrentamento se resume às decisões judiciais. O campo jurídico é muito amplo e pode ser visto de diversos ângulos, mas a garantia dos direitos sociais fundamentais precisa passar pelo crivo das decisões judiciais. Em países que não sofrem com a judicialização, a necessidade de um debate sobre a aplicação do direito acaba perdendo o impulso. Mas o debate acerca das teorias da decisão judicial ainda podem render uma quantidade incontável de benefícios para a comunidade como um todo. É nesse sentido que as questões sobre como se aplica uma lei precisam aparecer: a garantia dos direitos sociais fundamentais no Estado Democrático de Direito.

As incongruências de cada dia são, talvez, um dos motivos mais relevantes para continuar a caminhada de uma história. Paul Ricoeur,

importante filósofo, tinha isso em mente quando escreveu toda uma teoria sobre a narrativa de nossas vidas. Estamos a construir uma estória que faz parte da história; não podemos fugir disso. Agora, o caminho a ser trilhado pode e deve ser espinhoso, mas, em hipótese alguma, podemos permitir que nossa narrativa seja comparada a qualquer coisa que não seja a grandeza da própria vida. Isso quer dizer que, por menor que sejam os detalhes, eles podem e fazem toda a diferença em tudo o que somos. Por isso, a temática a respeito das Teorias da Decisão Judicial é muito importante e a Filosofia da Consciência ainda é uma página em branco nas teorias do Direito.

REFERÊNCIAS

_____. Les Rapports de Système entre droit interne et le droit international public. *RCADI*, v. 14, 1926.

_____. *Princípios de Direito Internacional*. Tradução de Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1980.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005

_____. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008

_____. *Hegel*. Trad. Alda Porto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995

_____. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 16ª. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDRT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Chaves. Rio de Janeiro: Edições de ouro, s/d.

ARNAUD, André-Jean. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean (org.). *Globalização de Direito: Impactos nacionais, regionais e transacionais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1995

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Salvador: março/abril/maio, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada: Vidas Contadas e Histórias Vividas*. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

BERGSON, Henri. *A energia espiritual*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BERNAL-MEZA. Raúl. *Sistema Mundial y Mercosur: Globalización, Regionalismo y Políticas Exteriores Comparadas*. Buenos Aires: Nuevohacer, 2000

BILFINGER, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. *Recueil des cours*, Volume 63 (1938-I).

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

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Ética Jurídica*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995

BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Trad. Maria Manuela Farrajota et al. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

BUBER, Martin. *Eu e Tu*. São Paulo: Centauro, 2001.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2006
- CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009
- CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília, FUNAG, 2012.
- CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote de La Mancha*. São Paulo: Pinguim, 2012.
- CHÂTELET, François (org.). *História da Filosofia: Ideias, Doutrinas*. Vol.5. Rio de Janeiro: Zahar, 1974
- CHAYES, Abram; Chayes, Antonia Handler. *The New Sovereignty*. Cambridge: Harvard University Press, 1995
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. 4 ed. Trad. Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1989.
- CHOMSKY, Noam. *Razões de Estado*. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Record, 2008
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.) *O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CUEVA, Mario de la. *La Idéia del Estado*. México, D.F.:UNAM, 1994.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Trad. de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; MELLO, Celso D. de Albuquerque; MESTIERI, João. *Estudo das Transformações da Ordem Política*. Rio de Janeiro: Renes, 1971

DISTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004, p. 143.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Trad. Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FARAGO, France. *A Justiça*. Trad. de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional de Portugal*. 2 ed. Paris: Rey e Gravier, 1835.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. *Teorias e Filosofias do Direito e da Justiça (Idade Antiga)*. Rio Claro: Biblioética, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, George. *Direito Constitucional*. 27ª ed. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005

HEGEL, Georg. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HELD, David et al. Rethinking Globalization. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (org.). *The Global transformations reader*. An introduction to Globalizations Debate. 2 ed. Cambridge: Polity, 2003

HELLER, Hermann. *La Soberania*. Trad. Mario de la Cueva. México D.F.:UNAM, 1965.

HENRIQUES, Mendo Castro. *A filosofia civil de Eric Voegelin*. São Paulo: É Realizações, 2011.

HENRIQUES, Mendo Castro. *Olá, Consciência*. São Paulo: É Realizações, 2013, p. 32.

HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Ciudad del México. UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

HUME, David. *Ensaio Morais, Políticos e Literários*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores)

KADELBACH, Stefan. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; TOUVENIN, Jean-Marc (org.). *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

KAMAL, Leandro. [et al.]. *História dos Estados Unidos*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2007

KANT, Immanuel. *The Philosophy of Law*. Trad. W. Hastie. Edinburgh: T&T. Clark, 38 Georg Street, 1887

KELLY, Bob; PROKHOVNIK. Economic globalization? In: HELD, David (org.). *A Globalizing World? Culture, Economics, Politics* London: Routledge, 2004.

KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011

KENNEDY, Paul. *The Rise and Fall of the Great Powers*. New York: First Vintage Books, 1989.

KÉRVERGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Trad. Carolina Huan. Barueri: Manole, 2006

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à Leitura de Hegel*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto – EDUERJ, 2002.

LAQUEUR, Walter. *The Dream that Failed: Reflections on the Sovietic Union*. New York: Oxford, 1994

LIMA, Alceu Amoroso. *Introdução ao Direito Moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Loyola, 2001

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1979

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOVECRAFT, Howard Philips. The Call of Cthulhu. In PRICE, Robert M. (ed.) *The Cthulhu Cycle*. Oakland, CA, Chaosium Publications, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Genealogia da Noção de Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, vol. 2, nº 21, jan-jun 2010

MACFARLANE. L.J. *Teoria Política Moderna*. Trad. Jório Dauster M. e Silva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1970

MAGNOLI, Demétrio. Congresso de Viena (1814-1815). In: MAGNOLI, Demétrio (org.). *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Tito Ballarino. Ijuí: Unijuí, 2003.

MARTINS, Alexandre Sobreira. O Chamado de Cthulhu: O Naturalismo Fantástico de Howard Philips Lovecraft e a Transformação do Conto de Horror no Século XX. *Revista Fragmentos*. Florianópolis. v. 1, n. 1, p. 169-181, 2006.

MAUROIS, André. *História da França*. Trad. Godofredo Rangel. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1950

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *A Soberania através da História*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. (org.) *Anuário: Direito e Globalização 1: A Soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio

Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3 ed. Trad. Ana Prata. Lisboa, Editorial Estampa, 2005

MORE, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Lisboa: Almedina, 2006.

OBATA, Kaoru. Historical Functions of Monism with primacy of international law. *The Japanese Annual of International Law*. Tokio, The International Law Association of Japan, nº 49, 2006, pp 1-35.

OROPEZA, Jose Herrera. *Política y Conflictos Internacionales*. Caracas: Ediciones del Congreso de La República, 1976.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. O Recurso à Força pelos Estados e a Legítima Defesa no Direito Internacional Contemporâneo. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRNDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PUTTERMAN, Ethan. *Rousseau, Law and Sovereignty of the People*. New York: Cambridge University Press, 2010

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2005.

ROSS, Nathan. *On Mechanism in Hegel's Social and Political Philosophy*. New York: Routledge – Taylor & Francis e-Library, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAGAN, Carl. *The Demon-Haunted World: The Science as a Candle in the Dark*. London: Headline, 1997.

SARAIVA, José Flávio Sombra (org.). *História das Relações Internacionais Contemporânea: da Sociedade Internacional do Século XIX à era da Globalização*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHMITT, Carl. *Political theology : four chapters on the concept of sovereignty*. Trad. de George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005

SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. *Recueil des cours*, Volume 87 (1955-I), pp. 191-385.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOARES, Guido. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de; CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. Jan/jun, 2009

STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001.

STEINER, George. *Linguagem e Silêncio: ensaios sobre a crise da palavra*. Trad. Gilda Stuart. São Paulo: Cia das Letras, 1988

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

STRAUSS, Leo. *El renacimiento del racionalismo político clásico*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TOCQUEVILLE. Alexis. *Igualdade Social e Liberdade Política*. Trad. Cícero Araujo. São Paulo: Nerman, 1988.

TOMUSCHAT, Christian. *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes – Concluding Observations*. In: TOMUSCHAT, Christian; TOUVENIN, Jean-Marc (org.). *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília, UnB, 1981

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: UnB – IPRI, 2004.

VERDROSS, Alfred. Le fondement du droit international. *Recueil des cours*, Volume 16 (1927-I), pp. 247-323.

VOEGELIN, Eric. *Anamnese da Teoria da história e da Política*. São Paulo: É Realizações, 2009.

VOEGELIN, Eric. *As religiões políticas*. Lisboa: Veja, 2002

VOEGELIN, Eric. *Em busca da Ordem*. São Paulo: Loyola, 2010.

WEBB, Eugene. *Filósofos da Consciência: Polanyi, Lonergan, Voegelin, Ricoeur, Girard, Kierkegaard*. São Paulo: É Realizações, 2013.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Trad. Regis Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. 2v.

WESTLAKE, John. *The Collected Pappers of John Westlake on Public International Law* Edited by L. Oppenheim. Cambridge: Cambridge University Press, 1914

ZAUM, Dominik. *The Sovereignty Pradox: The Norms and the Politics of International Statebuilding*. New York: Oxford University Press, 2007

ZOLO, Danilo. *Globalización: Un Mapa de los Problemas*. Miguel Montes. Bilbao: Mensajero, 2006.