

## **A BANCA ERROU, OU O DIA EM QUE GADAMER SE TORNOU SUBJETIVISTA**

THE EXAMINATORS WERE WRONG, OR *THE DAY GADAMER BECAME A  
SUBJECTIVIST*

**Lenio Luiz Streck<sup>1</sup>**  
**Adriano Obach Lepper<sup>2</sup>**  
**Rafael Giorgio Dalla Barba<sup>3</sup>**

**SUMÁRIO:** Introduzindo; O que aconteceu na mostra científica; 1 De volta à Filosofia da Consciência? Ou “onde se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa em Filosofia (do direito)”; 2 De dentro do Senso Comum Teórico dos Juristas: discricionariedade, voluntarismo e o teto hermenêutico para a produção crítica; À guisa de conclusão – O papel do doutrina e da academia para elaborar “constrangimentos epistemológicos; Referências Das Fontes Citadas;

### **RESUMO**

O presente artigo surge como resposta à avaliação de nossos trabalhos por parte da banca examinadora do II Salão de Iniciação Científica da Fundação Ministério Público. Neste evento, partindo de um discurso imerso no senso comum teórico dos juristas, a banca elaborou respostas aos trabalhos recheadas de lapsos teóricos, de modo que se tornou necessária uma resposta que demonstrasse, afinal, de que forma nossos trabalhos foram incompreendidos, destacando – ponto a ponto – as falhas na argumentação dos avaliadores e os nossos contrapontos.

**Palavras-chave:** Senso comum teórico; Artigo resposta; Hermenêutica; Discricionariedade; Interpretação.

---

<sup>1</sup> Professor titular da Unisinos-RS. Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Pós-Doutor em Direito pela FDUL-PT. Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (MG-RS). Procurador de Justiça (MP/RS). Contato: lenio@unisinos.br

<sup>2</sup> Graduando em Filosofia (Bacharelado) e Direito pela Unisinos-RS. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista de Iniciação Científica PRATIC/Unisinos. Contato: adrianolepper@gmail.com

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Unisinos-RS. Membro do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica (CNPq). Bolsista de Iniciação Científica Unibic/Unisinos. Contato: rafael\_0666@hotmail.com

## ABSTRACT

This article is an answer to the examiners of our papers, presented at the Fundação Ministério Público's II Salão de Iniciação Científica. At this event, the examiners, drowned in the theoretical common sense, made critical responses to our work, though filled with theoretical gaps, in a way it was mandatory, for us, to produce an answer to those critiques, showing, analytically, the failures in their argumentation and our answers.

**Keywords:** Theoretical common sense; Position Paper; Hermeneutics; Legal Positivism; Interpretation.

## INTRODUZINDO

Desde seus primeiros escritos, Luis Alberto Warat<sup>4</sup> desvelou as máscaras do "óbvio", mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do direito, que as "obviedades, certezas e verdades" transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de "retaliações discursivas", "justificações *ad hoc*" e "neosofismizações", dado que o jurista, quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA.<sup>5</sup>

Observemos: passados tantos anos desde que Warat iniciou a sua "jornada crítica" e passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, é possível dizer que a dogmática jurídica pouco mudou. Pode-se dizer que, em certa medida, ocorreu um retrocesso, em face da multiplicação das produções

---

<sup>4</sup> Luis Alberto Warat, Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires, Argentina; Pós-Doutor pela Universidade de Brasília, Brasil. Foi professor titular de Filosofia do Direito, Introdução ao Direito, Lógica e Metodologia das Ciências na Universidade de Morón e na Universidade de Belgrano em Buenos Aires, entre outras. E também foi professor dos mais renomados programas de Pós-Graduação no Brasil, como UFSC, UNISINOS, UnB, UFRJ e URI. Por mais de quarenta anos lecionou nos meios acadêmicos, além disso, escreveu mais de quarenta livros. Doutor honoris causa da Universidade Federal da Paraíba. Presidente da Associação Latino-americana de Mediação, Metodologia e Ensino no Direito - ALMMED. Suas áreas de atuação centravam em Filosofia, Filosofia do Direito, Epistemologia, Linguística e Teoria da argumentação jurídica. Formou uma geração de juristas no Brasil e na Argentina. Seus principais livros são Introdução geral ao direito I, Introdução geral ao direito II. Porto Alegre: Fabris, 1995; Por quien Cantan Las Sirenas. Joaçaba: UNOESC, 1996; A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

<sup>5</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das "obviedades" desveladas. *RECHTD*, São Leopoldo, v.4, n. 2, p.185-192, 2012.

estandardizadas, formas de mercancia de conhecimento *pret-à-portêr* disponível em qualquer aeroporto, supermercado ou rodoviária do país. O saber jurídico – que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada – hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea.

O *sensu comum teórico dos juristas* cunhado por Warat vem a ser, assim, esse conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.<sup>6</sup>

Difusamente, o *sensu comum teórico* cunhado por Warat é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras, e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o Direito.

O sentido comum teórico sufoca as possibilidades interpretativas. *Quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando (ou banalizando) a crítica.* Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (*delimitadas previamente*). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o *teto hermenêutico* prefixado (horizonte do sentido).

É também evidente que a formação desse *sensu comum teórico* tem uma relação direta com o processo de aprendizagem nas escolas de Direito. Com

---

<sup>6</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o capítulo 4.

efeito, o ensino jurídico continua preso às velhas práticas. Por mais que a pesquisa jurídica tenha evoluído a partir do crescimento do número de programas de pós-graduação, estes influxos reflexivos ainda estão distantes das salas de aula dos cursos de graduação, não se podendo olvidar, nesse contexto, que o crescimento da pós-graduação é infinitamente inferior à explosão do número de faculdades instaladas nos últimos anos.

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que "simplifica" o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos e é estimulada pela reprodução do "saber" instrumental voltado para o êxito em concursos públicos. O positivismo (exegético) ainda é a regra e, quando se quer superá-lo, apela-se a alguma corrente voluntarista, muitas vezes camuflada na própria estrutura sintática desse positivismo primitivo. Nesse contexto, Kelsen vira um exegeta que quis purificar o direito – e não a teoria do direito – embora o decisionismo por ele descrito continue presente como um dado inexorável. Na onda de superação do falso positivismo primitivo, o resultado é a já famosa "era dos princípios", pela qual são construídos novos princípios a todo momento, gerando o fenômeno que é denominado de "pamprincipiologismo".<sup>7</sup>

Desse modo, a doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. É nisto que se baseia o casuísmo didático: a partir da construção de "categorias", produzem-se raciocínios "dedutivos", *como se a realidade pudesse ser aprisionada no "paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante"*.<sup>8</sup> E se os esquematizados

---

<sup>7</sup> Pamprincipiologismo: refere-se a um fenômeno marcado pela proliferação de princípios, que consolidam uma leitura equivocada do conjunto principiológico abarcado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, em que os órgãos julgadores elaboram princípios ad hoc sem qualquer normatividade de forma discricionária. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

<sup>8</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., p. 97.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

não forem suficientes, que sejam também resumidos.

Pois bem. Nosso trabalho neste artigo tem o mesmo propósito dos escritos de Warat: desvelar um discurso aprisionador do pensamento crítico, limitado ao já referido *teto hermenêutico*. Vamos aos fatos (e não se diga, *a la* Nietzsche, que "fatos não há, só há interpretações").

## **O QUE ACONTECEU NA MOSTRA CIENTÍFICA**

Assim. No dia 30 de outubro de 2012, dois dos que aqui escrevem (Adriano e Rafael, bolsistas de iniciação científica na UNISINOS), sob a orientação do terceiro (Prof. Lenio Streck – não presente no evento), apresentaram seus trabalhos no II Salão de Iniciação Científica da Fundação Ministério Público, em Porto Alegre. A resposta da banca avaliadora, presidida pelo ilustre professor Me. Norberto Flach e também composta pelos não menos ilustres professores Drs. Plauto Faraco de Azevedo e Jayme Weingartner Neto será analisada na sequência. O que lá aconteceu foi gravado pelos bolsistas co-signatários deste artigo. O desenrolar da discussão acabará por demonstrar de que modo a Banca da FMP imprimiu – consciente ou inconscientemente – um discurso desmerecedor da pesquisa apresentada. Além das ironias, as perguntas e observações da Banca continham equívocos, que, na verdade, reforçam o senso comum teórico que Warat sempre buscou desmi(s)tificar e desnudar.

Os trabalhos dos bolsistas Adriano e Rafael estavam fundados na Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), conjunto de pesquisas capitaneadas pelo Prof. Lenio Streck junto ao Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. Na Unisinos, o Professor signatário chefia o DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos – que já possui hoje mais de uma dezena de livros exurgidos das pesquisas ali realizadas (ao que tudo indica, desconhecidas pela douta banca examinadora).

O primeiro trabalho – defendido pelo signatário Rafael – discutia a problemática metafísica das súmulas e a ausência da recepção da filosofia pelo direito, que, quanto às súmulas, se mantinha presa na metafísica clássica e na primeira fase do pensamento de Wittgenstein. Trabalho de fôlego, bem detalhado e fundado em obras específicas. A segunda pesquisa – a cargo do signatário Adriano – tratava de uma análise entre direito e literatura de *O Estrangeiro*, de Albert

Camus, tratando dos perigos do subjetivismo na interpretação e da má interpretação da relação entre direito e moral.

Lamentavelmente, ao invés de a Banca incentivar trabalhos não dogmáticos e fundados na teoria-filosofia do direito, simplesmente optou pela desconsideração e, quiçá, por um certo desprezo pelo trabalho. Algumas passagens transcritas a seguir bem demonstram esta realidade.

Parte considerável dos problemas evidenciados pelos dois bolsistas de iniciação científica será aqui apresentada. Os avaliadores, Professores Plauto, Jayme e Norberto, centraram suas críticas sobre os pontos que podem ser assim resumidos: afinal, falta densidade filosófica ao direito? Tudo, até o direito, é subjetivo? Ainda é possível falar em subjetividade na interpretação? O positivismo é realmente isso que o senso comum prega? O que significa levar direitos a sério? Decidir por políticas é legítimo? O que significa constrangimento epistemológico, expressão cunhada por Lenio Streck?

O presente artigo pretende, deste modo, proceder à desconstrução do discurso – que se pretendeu denso e superior – da Banca, desvelando os equívocos e lapsos epistemológicos da crítica dirigida aos jovens bolsistas. Por óbvio, não é possível permanecer restritos aos breves minutos de arguição, pois, como já dizia Gadamer, só podemos compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido e em que está sendo dito. Isso implica, inclusive, analisar a obra de cada um dos avaliadores, para que possamos compreender, afinal, o grau de profundidade (ou não) das objeções feitas pela Banca aos bolsistas.

O artigo está dividido em duas partes: na primeira, a crítica à leitura equivocada de três pontos da filosofia ocidental – metafísicas clássica e moderna, e sua superação pelo modelo fenomenológico (giro ontológico-linguístico); na segunda, uma abordagem relativa aos fundamentos jurídicos da banca, imersos no senso comum teórico dos juristas.

## **1 DE VOLTA À FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA? OU “ONDE SE PODE DIZER QUALQUER COISA SOBRE QUALQUER COISA EM FILOSOFIA (DO DIREITO)”**

Neste capítulo, seguindo na linha do tempo da filosofia ocidental, debatemos os pontos filosóficos trazidos à baila pelos avaliadores em resposta à parte da apresentação dos bolsistas. Primeiramente, analisar-se-á a relevância de Tomás de Aquino ao pensamento filosófico do medievo, em especial à metafísica. Na sequência, a pretensa superação do modelo objetivista da metafísica clássica pelo modelo kantiano proposta na *Crítica da Razão Pura*, entendido pela banca como um projeto além do realizado. Por fim, desfazemos alguns mal-entendidos quanto à proposta de Hans-Georg Gadamer para a filosofia hermenêutica heideggeriana (por ele transformada em *hermenêutica filosófica*), confundida pela banca como sendo um projeto subjetivista (sic).

### **1.1 O paradigma aristotélico-tomista e o fim da metafísica clássica antes mesmo de São Tomás de Aquino**

Prof. Norberto – Não sei por que tu citaste Santo Tomás de Aquino no teu trabalho. Não vejo relevância para o estudo da metafísica clássica nesse autor, muito menos na questão da linguagem.

A metafísica clássica é – e pedimos perdão pelo trocadilho –, em sua essência, o paradigma aristotélico-tomista, que foi dominante nesta quadra da história da filosofia ocidental.

Os textos de Aristóteles relacionados ao raciocínio lógico foram compilados no *Órganon*, um conjunto instrumental de tratados sobre lógica. Na segunda parte dessa compilação encontramos o tratado *Da Interpretação* (*Peri Hermeneias*, no original em grego, ou *De Interpretatione*, em latim, como é mais conhecido), uma análise em nove capítulos acerca da relação entre lógica e linguagem a partir do estudo de proposições lógicas e seus conteúdos de verdade e estruturação, como negação, ligação entre sujeito e predicado e, mais importante, os futuros contingentes, no capítulo nono.

O pensamento de São Tomás de Aquino exerce notável influência em sua época, estendendo-se mesmo até o período contemporâneo, sendo de fato um pensador de grande criatividade e originalidade. Desenvolveu uma filosofia própria em um sentido fortemente sistemático, tratando em sua obra *Summa Theologica* (1256-59) sobre praticamente de todas as grandes questões da filosofia e da teologia, bem como tomando Aristóteles – e não mais o platonismo e o agostinianismo como até então se fazia – como ponto de partida para a elaboração de seu sistema filosófico. Tomás de Aquino foi o principal comentador das obras de Aristóteles, procedendo em releituras dos escritos do fundador do Liceu em conformação à tradição cristã do medievo. Negar seu papel no estudo da linguagem seria uma afronta aos séculos de dedicação de muitos à filosofia, em especial àqueles que fazem de Aquino o ponto fulcral de seus estudos. Uma boa demonstração do papel da linguagem em Tomás de Aquino é apresentada no seu comentário ao tratado *Da Interpretação*, em especial sua resposta ao problema dos futuros contingentes, que, mais do que uma leitura do problema da verdade das proposições, é um estudo da liberdade do homem por meio da filosofia da linguagem.

Ainda importa referir, como nos ensina o filósofo gaúcho Ernildo Stein, que “a teoria do ser da tradição aristotélico-tomista visa à explicação metafísica da realidade objetiva dos entes finitos, múltiplos e mutáveis”<sup>9</sup>. Nesta linha, o filósofo Danilo Marcondes afirma que “São Tomás mostra então que a filosofia de Aristóteles é perfeitamente compatível com o cristianismo”<sup>10</sup>. Em sua obra principal, Aquino mostra-nos no terceiro artigo suas célebres cinco vias da demonstração da existência de Deus, todas estas fundamentadas a partir das obras de Aristóteles, especialmente na sua metafísica<sup>11</sup>, deixando claro, através dessa relação, o motivo pelo qual se denomina paradigma *aristotélico-tomista*: a primeira via baseia-se no argumento do movimento (inspirado em Aristóteles, Física, VIII), em que este se caracteriza pela passagem de potência a ato, sendo Deus entendido como primeiro motor; a segunda via parte da noção de causa

---

<sup>9</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991. p. 136.

<sup>10</sup> Cf. MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 128.

eficiente (Aristóteles, *Metafísica*, II), uma vez que nada pode ser causa eficiente de si próprio, pois nesse caso seria anterior a si próprio; a terceira via, conhecida como argumento cosmológico, toma por base as noções aristotélicas de necessidade e contingência e visa explicar a necessidade da existência do universo (*cosmo*); a quarta via toma como ponto de partida os graus existentes nas coisas (Aristóteles, *Metafísica*, II), em que todas que têm um predicado, em um grau maior ou menor, se caracterizam por um termo comparativo; a quinta via, ou argumento teleológico, parte da noção de finalidade, ou causa final. Para o pensador da escolástica, deve haver um propósito na natureza, caso contrário o universo não tenderia para o mesmo fim ou resultado.

Embora as provas de São Tomás de Aquino para a existência de Deus possam ser questionadas, e de fato o foram, sobretudo no início do pensamento moderno, não há como não referir este filósofo sem relacioná-lo com Aristóteles e à metafísica clássica, principalmente aos pressupostos de que partem, como os conceitos aristotélicos de movimento e finalidade (*telos*)<sup>12</sup>.

Vê-se, assim, que a Banca – ao menos pelas palavras do examinador Norberto Flach, frise-se, não contestadas pelos demais membros – cometeu grave equívoco ao criticar um dos trabalhos por esse viés. Ainda que a investida em Tomás de Aquino não fosse a mais conveniente no horizonte da pesquisa apresentada, jamais poderia ser tomada como uma perspectiva metafísica “irrelevante”, especialmente quando tratamos da lógica aristotélica.

## 1.2 O esquema sujeito-objeto em Kant

Prof. Jayme – Essa questão do sujeito e do objeto, não sei até que ponto o pessoal sempre critica, porque até onde eu me lembro, Kant já teria razoavelmente resolvido esse problema na *Crítica da Razão Pura*.

Vejamos em que ponto discordamos do ilustre Professor-Examinador Dr. Jayme Weingartner Neto. A história da filosofia é marcada por dois principais

---

<sup>11</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>12</sup> Cf. MARCONDES, *Iniciação à história da filosofia contemporânea*. op. cit. p. 131-132.

paradigmas: a metafísica clássica (Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, dentre outros, brevemente descrita anteriormente) e a metafísica moderna (Descartes e Kant, para citar os principais). Ambos entendiam o acesso ao conhecimento a partir de uma bipolaridade: de um sujeito (que conhece) e de um objeto (que é conhecido). Assim, na metafísica clássica o sentido de algo era produzido através da extração, pelo sujeito, da essência. Estava condicionada pelo objeto, mesmo na perspectiva idealista platônica. Por outro lado, na metafísica moderna se busca na filosofia "um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a ideia de juízo, a ideia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado".<sup>13</sup> O "giro copernicano" na filosofia não é outra coisa senão a mudança de referência do "objeto" para a "consciência". Muda a referência, mas permanece a relação "sujeito-objeto".

Sigamos. Na sua *Crítica da Razão Pura*, Kant se encontrava diante de um impasse duplo: o primeiro oriundo do embate entre o racionalismo dogmático (Descartes) e o empirismo (Bacon); o segundo vindo de sua dedicação a refutar os argumentos céticos formados no ambiente anglo-saxão, cujo maior expoente era David Hume<sup>14</sup> e que, segundo o próprio Kant, teria sido responsável por retirá-lo de seu "sono dogmático". A partir disso, Kant se defrontava com o grande problema filosófico de seu tempo: seria o conhecimento imanente ao sujeito que conhece, ou viria de fora dele, da sua experiência? Na sua tentativa de resolver esse dualismo, Kant nos apresenta o elemento da transcendentalidade. Isto é, não se trata de perguntar se o conhecimento é dado pela razão ou pela experiência, mas sim, quais são os limites do conhecimento. Como é possível estabelecer uma ponte entre consciência e mundo? Para Kant, essa é a grande questão da filosofia: não ter sido explicada essa ponte<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 47

<sup>14</sup> Isso não significa afirmar que Kant repudiasse o empirismo britânico. Ao contrário, sabe-se que Hume foi um dos grandes nomes que influenciaram o pensamento de Kant. No entanto, seu profundo enraizamento na *Aufklärung* nunca lhe permitiu libertar-se das amarras da totalidade e unidade da razão, que, na sua crítica, se manifesta no eu transcendental. Para tanto, importante ver o Capítulo "a Diferença ontológica e os vetores de racionalidade" de STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 169 e segs.

<sup>15</sup> Desse modo, com essa nova pergunta sobre os juízos sintéticos a priori, com a qual começa a primeira crítica kantiana, chegamos até a ideia da subjetividade constitutiva. Assim se abre a modernidade filosófica: sujeito como a base do conhecimento e não mais o mundo. Cf. Milovic, Miroslav. Kant, Emmanuel. In: Barretto, Vicente de Paulo. (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. Poderíamos também falar dos

Sua *Crítica da Razão Pura* visa, assim, a investigar as condições de possibilidade do conhecimento, ou seja, o modo pelo qual, na experiência de conhecimento, sujeito e objeto se relacionam e em que condições esta relação pode ser considerada verdadeira pelo “Tribunal da Razão”. No prefácio à segunda edição, Kant discute o novo papel do sujeito na teoria do conhecimento, inconformado com as supostas insuficiências da antiga disposição da relação sujeito-objeto.

Em primeiro lugar, Kant, discute, resumidamente, o novo papel da razão:

A razão, tendo por um lado os seus princípios, únicos a poderem dar aos fenômenos concordantes a autoridade de leis e, por outro, a experimentação, que imaginou segundo esses princípios, deve ir ao encontro da natureza, para ser por esta ensinada, é certo, mas não na qualidade de aluno que aceita tudo o que o mestre afirma, antes na de juiz investido nas suas funções, que obriga as testemunhas a responder aos quesitos que lhes apresenta. Assim, a própria física tem de agradecer a revolução, tão proveitosa, do seu modo de pensar, unicamente à idéia de procurar na natureza (e não imaginar), de acordo com o que a razão nela pôs, o que nela deverá aprender e que por si só não alcançaria saber; só assim a física enveredou pelo trilho certo da ciência, após tantos séculos em que foi apenas simples tateio.<sup>16</sup>

A partir deste novo ponto que a razão assume na modernidade é que Kant opera a sua viragem copernicana<sup>17</sup>:

Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir *a priori*, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto.

---

princípios epocais trabalhados por Heidegger, onde aparece nitidamente a ruptura entre metafísica clássica e metafísica moderna. Isto pode ser visto em vários textos de Ernildo Stein, Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira.

<sup>16</sup> B XIII-XIV

<sup>17</sup> O próprio Kant faz referência a Copérnico em sua *Crítica da Razão Pura*, no trecho omitido da citação acima. Há um debate, não menos interessante, em relação ao sentido de viragem copernicana em Kant, que, em geral, corre no sentido de afirmar que não mais a Terra seria o centro de um sistema, mas sim o Sol. Uma corrente minoritária, porém, propõe uma resposta mais contundente, afirmando que a viragem copernicana em Kant teria relação não com as novas posições da Terra e do Sol no novo modelo de sistema, mas sim com o fato de que seria a própria rotação da Terra (no papel de sujeito) que determinaria os períodos do dia, e não o Sol (o objeto).

(...) Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento a priori desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados.<sup>18</sup>

Immanuel Kant, mais do que René Descartes, *enfatizou* o sujeito da modernidade. Na verdade, o que Kant faz na *Crítica da Razão Pura* é reinventar a relação sujeito-objeto, deslocando o centro da relação do objeto para o sujeito, isto é, Kant não resolve o problema da relação sujeito-objeto, apenas o reconstrói a partir da sua analítica transcendental, confiando a um juízo solipsista as possibilidades dos juízos sintéticos *a priori* sobre os objetos<sup>19</sup>.

Numa palavra: enquanto Kant pretendia romper com a metafísica, invertendo a relação de conhecimento, na verdade a reinventou, colocando o sujeito em destaque.<sup>20</sup> A crítica kantiana cola o transcendental no sujeito e, nesse momento, ele passa a ser o lugar último e fundamento da verdade. Na filosofia hermenêutica, no modo como Heidegger efetua a analítica do *Dasein* em *Ser e Tempo*, o elemento transcendental é deslocado do sujeito para um contexto de significâncias e significados que será chamado de *mundo*. Não o mundo da *cosmologia* ou *mundo natural* (este foi excluído do espaço da filosofia através do "encurtamento hermenêutico" [Stein] realizado pelo filósofo), mas o mundo enquanto instância e espaço onde o significado é encontrado e produzido no contexto de um *a priori* compartilhado. Trata-se, portanto, de algo que podemos mencionar, com Stein, como um *transcendental histórico*<sup>21</sup>, que analisaremos de modo mais aprofundado neste mesmo artigo.

---

<sup>18</sup> B XVI

<sup>19</sup> "Assim, o problema da possibilidade da metafísica vem a ser para Kant: se e como é possível uma compreensão do ser do ente, anterior a toda apreensão do ente da experiência? Trata-se, em outras palavras, do problema da transcendência, i.é, da possibilidade do conhecimento transcendental, que, para Kant, equivale ao juízo sintético a priori". Cf. MCDOWELL, João. A. *Gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 180-181.

<sup>20</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 103.

<sup>21</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Sobre a Verdade*. Ijuí: Unijuí, 2006.

### 1.3 Seria Gadamer um subjetivista?

Prof. Norberto Flach – Não te entendo, tu criticas muito fortemente no teu trabalho o subjetivismo, mas cita Gadamer, e Gadamer faz uma aposta no sujeito, ele era um subjetivista.

Eis o *busílis* da questão contemporânea daqueles que pensam que compreenderam Gadamer e passaram ao largo de sua obra. Ao fim e ao cabo, *Verdade e Método* elabora uma crítica radical ao método e ao subjetivismo, rebatendo a aposta no sujeito proposta na modernidade por autores como Kant (já discutido anteriormente) e Descartes, e sua proposta de racionalização por meio do método.

Antes de discutirmos *Verdade e Método*, precisamos discutir a viragem ontológico-linguística de Martin Heidegger para somente então aprofundarmos a proposta da hermenêutica filosófica de Gadamer. Observe-se que esse é um dos pontos que sustentam a *Crítica Hermenêutica do Direito* elaborada por Lenio Streck, podendo ser examinada amiúde em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (cap. 10), *Verdade e Consenso* (caps. 5, 8 e 11, além do posfácio) e *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* (caps. 5 e 6).

A busca pelo sentido do ser em Heidegger tem sua origem na leitura de *Do significado múltiplo do ente segundo Aristóteles*, de Franz Brentano. Suas leituras posteriormente o aproximaram da fenomenologia de Edmund Husserl, de quem virou assistente e posteriormente sucedeu em uma das cátedras de filosofia da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.<sup>22</sup>

A questão pelo ser, colocada pelos pré-socráticos, em especial Heráclito e Parmênides, e esquecida pela filosofia ocidental desde Platão e Aristóteles, deu ensejo às pesquisas de Heidegger que originaram *Ser e Tempo*. Embora seus estudos tenham como premissa teórica a fenomenologia husserliana, Heidegger, distanciou-se de seu mestre ao aprofundar seus estudos, constatando um certo subjetivismo na pesquisa fenomenológica, que pretendia colocar entre

---

<sup>22</sup> Cf. STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002. p. 20-21.

“parênteses” o horizonte histórico-intencional da consciência, reduzindo-a a uma ideia.

Heidegger concilia ambos os aspectos esquecidos por Husserl ao conjecturar seu *Dasein*. Na perspectiva posta em *Ser e Tempo*, a existência humana é o palco onde se coloca a questão do ser, a partir do plano histórico. Compreender se torna um existencial, posto no horizonte do tempo, onde se manifesta o ser. Ser se torna tempo e o *Dasein* se torna o meio pelo qual o ser se manifesta. A questão transcendental é deixada de lado em *Ser e Tempo*, deixando a filosofia de ser transcendental para ser *filosofia hermenêutica*, onde sempre compreendemos os entes em seu ser.

Este é o projeto do §7 de *Ser e Tempo*: expor o projeto hermenêutico onde se dá a compreensão do ser a partir da faticidade humana e de onde parte Hans-Georg Gadamer para escrever sua obra principal: *Verdade e Método*. A obra, cujo título deve ser lido como *Verdade contra método* ou *Verdade apesar do método*, é o projeto de uma *hermenêutica filosófica*, a explicitação do *como compreendemos*, em contrapartida à subjetividade da modernidade (discutida no conceito de "jogo", na primeira parte) e ao historicismo (debatido na segunda parte).

Para Gadamer, o ato de compreender torna-se um compreender-se, o caráter ontológico da própria vida humana.<sup>23</sup> No horizonte da história, determinado pela tradição da linguagem, a compreensão se dá em uma circularidade, traduzida pela figura do *círculo hermenêutico*. O círculo hermenêutico – que não trata da relação entre fato e direito, como afirma, de forma não correta, o prof. Weingartner Neto<sup>24</sup> – delinea a estrutura prévia da compreensão em posição prévia, concepção prévia e visão prévia (*Vorhabe, Vorgriff e Vorsicht*)<sup>25</sup>.

Na perspectiva da hermenêutica filosófica, o mundo só se dá na linguagem, e é a linguagem quem nos oferece e nos coloca na tradição. Enquanto na hermenêutica romântica do *Aufklärung* a pré-compreensão era vista de maneira negativa, para a hermenêutica filosófica é o caráter prévio da compreensão que

---

<sup>23</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 348-349

<sup>24</sup> Cf. WEINGARTNER NETO, Jayme. Existe a única resposta jurídica correta?. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 5, n. 1, p. 85-120, 2004., em especial p. 111.

<sup>25</sup> Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Bilíngue. Campinas/Petrópolis: Unicamp/Vozes, 2012. p. 425 (p. 150 do original)

lhe dá parâmetros contra a subjetividade do intérprete. Para citar Gadamer: "*A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente.*"<sup>26</sup> Em outras palavras, ao compreender, o intérprete atribui sentido. Contudo, o sentido não é dado por um juízo solipsista do intérprete, mas é determinado pela tradição, da qual o intérprete é apenas um porta-voz, como já se depreendeu do papel do homem na nova leitura do ser em Heidegger, porém acoplando o pensamento histórico de Hegel e Dilthey.

Em suma: tudo aquilo que Kant reivindicava foi desmistificado por Martin Heidegger, e posteriormente com Gadamer, no momento em que o filósofo de Meßkirch descobriu o vínculo entre homem e ser. A partir disso, não se pode falar em uma ponte que liga consciência e mundo porque desde sempre já estamos no mundo compreendendo o ser. Não há primeiro o homem e depois o mundo ou vice-versa. Com a sua abordagem do *Dasein* como ser-no-mundo, Heidegger consegue mostrar como não há primeiro homem e depois as coisas/mundo, de que estas não são fruto de seu pensamento solipsista. Denuncia também de como a ponte kantiana que liga consciência e mundo não só não precisa ser procurada, mas é exatamente essa busca que leva a filosofia ao equívoco do esquecimento do ser e da diferença ontológica<sup>27</sup>. Através da compreensão estamos aptos a sentir o modo como nos situamos e alcançamos o significado através da linguagem, que agora, passa a ser condição de possibilidade do conhecimento, e não mais uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto. O problema que aparece em Kant, e que acaba por

---

<sup>26</sup> Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 385.

<sup>27</sup> "Diante disso, fica claro porque em *Ser e Tempo* Heidegger responde a Kant dizendo que o escândalo da Filosofia não é ainda não termos encontrados uma ponte entre consciência e mundo, ou seja, entre o sujeito e os objetos; entre um sujeito que conhece e salta de objeto em objeto até 'preencher' uma determinada totalidade de entes chamada mundo, mas sim ainda estarmos procurando esta ponte. A estrutura de ser-no-mundo do *Dasein* responde a Kant porque mostra como desde sempre o *Dasein* já se relaciona com os outros entes enquanto os compreende em seu ser. Portanto, a totalidade do mundo não pode ser determinada a partir de uma somatória dos entes ou objetos que compõem o conhecimento do *Dasein*, mas sim uma totalidade da compreensão, de sua faticidade que o marca historicamente. O *Dasein*, não salta de objeto em objeto enquanto conhece as coisas, mas os compreende desde-já-sempre, enquanto está no centro do mundo, e organiza seu conhecimento pela diferença ontológica". OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 156-157.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

tornar sua crítica não suficientemente radical, é exatamente a *hipertrofia em relação ao sujeito*, à consciência.<sup>28</sup>

Dizendo isso de um modo mais simples: é um equívoco ler *Verdade e Método* como um modo (simplista) de superação do positivismo exegético. Quando Gadamer fala da *Sinnggebung*, não está se igualando a qualquer projeto de "dar sentido" de teorias voluntaristas atreladas à filosofia da consciência. Isso colocaria a obra de Gadamer em um patamar inferior até mesmo a obra de Philip Heck, com sua *Interessenjurisprudenz* (para falar o menos).

Aliás, o professor Norberto Flach comete o mesmo equívoco que Streck vem criticando veementemente de há muito: a de pensar que pré-compreensão é o mesmo que subjetividade, opinião ou ideologia. Ora, isso faria com que a obra de Gadamer ficasse resumida a uma vulgata de teorias que buscaram superar a razão pela vontade. Pré-compreensão (*Vorverständnis*), como pode ser visto na crítica que Streck faz, por exemplo, à Daniel Sarmiento<sup>29</sup>, é algo bem mais complexo do que se vem dizendo por aí.

## **2 DE DENTRO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS: DISCRICIONARIEDADE, VOLUNTARISMO E O TETO HERMENÊUTICO PARA A PRODUÇÃO CRÍTICA**

No segundo capítulo desta saga, adentramos no discurso da dogmática jurídica descrito por Warat. As velhas teses da discricionariedade, do voluntarismo e do ativismo seguem vivas, na intenção de superar a "frieza" do positivismo (mais uma vez incompreendido). Nesta receita, é claro, não poderiam faltar Alexy e a sua ponderação, legitimando mais arbitrariedade no ato de decidir. Ronald Dworkin também entra aqui, igualmente incompreendido. Para concluir, uma crítica direta: os juízes devem respostas a alguém? Sequer eles erram?

---

<sup>28</sup> Ao falarmos sobre filosofia da consciência no âmbito do Direito, trata-se de uma necessária vulgata utilizada para representar o imaginário (dos juristas) ainda preso ao paradigma epistemológico em que se acreditava que os sentidos dependem da consciência do intérprete.

<sup>29</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Aplicação do Direito*. São Paulo: RT, 2013, em especial os itens 5.7 e 5.8. As críticas a que nos referimos estão em SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 419. Ver também *Wahrheit und Methode*. Ergänzungen Register. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, *passim*, onde Gadamer rebate as críticas de Habermas ao papel da tradição na hermenêutica filosófica.

## **2.1 A discricionariedade, das cátedras de direito administrativo aos bancos dos tribunais**

Prof. Norberto Flach – Também não entendo teu problema com a discricionariedade. Tu falas mal da discricionariedade, como se fosse algo muito ruim, quando na verdade é algo inevitável e não necessariamente péssimo.

Como assim, Professor? Inevitável por quê? Isso é uma falácia realista, do mito do dado? É assim “por que é assim”? Sim, a discricionariedade é prejudicial à democracia. Essa é a grande luta de autores de ponta como Dworkin e Habermas. Pergunte-se ao último o que ele pensa sobre isso... Pergunte-se a Gadamer o que acha(va) do relativismo... Mesmo considerando os problemas encontrados na teoria da argumentação quanto ao quesito da discricionariedade, ela se constrói em torno das impossibilidades dos modelos neokantianos e da necessidade de reduzir a discricionariedade que tais paradigmas viam no direito. A cultura jurídica do pós-guerra representa uma luta contra a discricionariedade, já que nela estava o manto simbólico de validade dos Estados autoritários. A história comprova que não há democracia com discricionariedade.

Ora, a aposta na discricionariedade judicial é consequência direta da má compreensão acerca do que vem a ser, afinal, o positivismo jurídico. Grande parte da doutrina jurídica, e aqui compreendendo também os avaliadores<sup>30</sup>, tem dificuldades em definir o que vem a ser o positivismo para o propósito de seus estudos. Sendo bem simples: para a Banca, positivismo jurídico é o positivismo exegético (o juiz boca da lei). E tudo o que superar esse juiz boca da lei é “pós-positivismo”. Simples assim. E isso será demonstrado na sequência.

Esta confusão entre as mais diversas facetas do pensamento positivista no direito, em especial o positivismo exegético-legalista (também referido por Ferrajoli como *paleojuspositivismo*) do século XIX, em que a palavra literal do texto legal teria valor, e apenas isto, e o positivismo normativista de Hans Kelsen

---

<sup>30</sup> Quanto ao prof. Plauto Faraco de Azevedo, temos *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica* (Porto Alegre: Fabris, 1989) e *Método e Hermenêutica Material no Direito* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999). Da autoria do prof. Norberto Flach vemos *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica* (Rio de Janeiro: Forense, 2000).

tem gerado resultados catastróficos na produção doutrinária, que, resultado de uma leitura equivocada de Kelsen, tem proposto basicamente a mesma tese que este último, embora sob a face do (*neo*)constitucionalismo.

O positivismo do juiz "boca-da-lei" já foi de há muito superado, em especial pelo próprio Hans Kelsen – e muito antes dele com autores como Jhering. O debate vem para criticar não o "formalismo" da lei, mas, sim, como o modo com que este formalismo vem sendo "superado", substituindo as amarras da estrita legalidade pelo poder do livre interpretar (entendido como o livre atribuir de sentido com o fim de alcançar uma "solução justa", por meio de uma analítica axiológica do texto constitucional e da tradução do sentimento jurídico do povo, como defendida por Plauto Faraco de Azevedo na sua arguição e em suas obras<sup>31</sup>) pregado pela dogmática jurídica em geral.

É neste buraco conceitual que caem os profs. Plauto Faraco de Azevedo e Norberto Flach: confundem Kelsen com um exegeta, e pretendem superar o formalismo do texto legal pela discricionariedade interpretativa. Para Flach, taxativamente, Kelsen é um mero descendente da Jurisprudência dos Conceitos, ao afirmar que

os dogmas de plenitude hermética e consistência lógica da ordem jurídico-legal, sustentados pelo formalismo jurídico oitocentista – notadamente pelas escolas jusprivatistas alemãs francesas e alemãs, da Exegese e das Pandectas –, caminharam para um definitivo desgaste, como ocorreu, mais tarde, com a concepção kelseniana, quando identificava segurança e validade, e associava a validade à eficácia coercitiva do ordenamento.<sup>32</sup>

Nessa mesma linha de pensamento segue Plauto Faraco de Azevedo, que também enxerga, equivocadamente, no positivismo kelseniano, a limitação do aplicador do direito. *Verbis*:

---

<sup>31</sup> Cf. *Crítica à dogmática*, op. cit., p. 74 e *Método e Hermenêutica*, op. cit., p. 127. Já realizamos uma crítica mais detalhada deste problema em STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, em especial o capítulo terceiro.

<sup>32</sup> Cf. *Prisão Processual Penal*, op. cit., p. 123.

O exegetismo, mais de ontem do que de hoje, embora ainda presente, ou a sofisticação da variante tecnocrática do positivismo de nossos dias buscam restringir o máximo possível a atividade do juiz, cerceando-lhe o poder criativo (...). O que quer o positivismo é que se veja o direito como um *ser em si*, constituído de normas e de conceitos que se auto-explicariam, não admitindo nenhum juízo sobre sua validade intrínseca ou sobre a legitimidade das fontes de que procedem.<sup>33</sup>

Mais recentemente, em outra obra, segue ainda este pensamento acerca da teoria de Hans Kelsen para Plauto de Azevedo, como se extrai do trecho abaixo:

Lamentavelmente, prevaleceu, sobretudo na América Latina, o aspecto restritivo das ideias de Kelsen, a limitação gnosiológica, que favorece a aceitação dos golpes de Estado, das quarteladas (...). Também contribui, ela, para sedimentar a cisão do discurso jurídico, que, a partir do positivismo-exegético, tem separado a Ciência do Direito de sua dimensão crítico-valorativa.<sup>34</sup>

Em verdade, Kelsen era um autêntico positivista, e por isso tinha por objetivo a construção de uma ciência lógica do direito. Contudo, o positivo, o objeto rígido necessário a uma ciência positiva, de que falava Kelsen não eram as normas de direito positivo, como no positivismo primevo, mas sim os fatos (lembre-se que os neopositivistas do Círculo de Viena, do qual fazia parte Kelsen, eram também conhecidos como *empiristas lógicos* ou *positivistas fáticos*). O objetivo de Kelsen não era destruir o positivismo jurídico (ou algo do gênero), mas, sim, reforçar as (im)possibilidades de um método lógico, especialmente em razão da emergência da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e do sociologismo jurídico, que entendiam válidos os juízos psicológicos, valorativos, políticos e ideológicos na interpretação do direito, porém percebendo o problema da questão semântica e a insuficiência dos métodos de interpretação pregados por outras escolas positivistas como a Jurisprudência de Conceitos alemã.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. *Crítica à dogmática*, op. cit., p. 25.

<sup>34</sup> Cf. *Método e Hermenêutica*, op. cit., p. 120.

<sup>35</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, Itajaí, p. 158-173, 2010.

Kelsen já sabia, justamente por estar inserido no Círculo de Viena, que as palavras detêm vários sentidos, mas, se considerarmos os paradigmas pós-kelsenianos, estariam estes sentidos à disposição do intérprete? Kelsen era um fatalista, pessimista, e sabia que a interpretação jurídica era realizada por meio de subjetivismos incontroláveis e, justamente por esse motivo, desejando "salvar" a pureza metodológica de sua teoria destes axiologismos, deixou aberta a questão da interpretação no capítulo VIII da sua *Teoria Pura do Direito*.<sup>36</sup>

Interpretar, para Kelsen, é um ato de vontade (quando feito na aplicação do direito), na melhor das hipóteses limitado por uma moldura semântica constituída por meio de uma metalinguagem da ciência do direito, preocupada em superar as incertezas da linguagem natural e determinar *a priori* os sentidos dos textos. Dizemos "na melhor das hipóteses" porque, mais fatalista do que antes, Kelsen, na edição francesa de 1962 da Teoria Pura, naquele mesmo capítulo VIII, afirma que, por vezes, é possível decidir fora dos limites semânticos da moldura interpretativa. Ademais, a combinação de silogismos com uma moldura extremamente ampla permitirá sempre incontáveis juízos verdadeiros sobre normas válidas. Mas, não deixa de ter uma "lógica" a afirmação de Kelsen: afinal, se a sentença é norma, vale é o que foi decidido por aquele que tem o poder de decidir.

Este é o ponto fulcral da nossa discussão: grande parte das teorias que pretendem superar o "positivismo" se envolvem em uma algaravia conceitual e apenas ressuscitam o velho Hans Kelsen, ao admitirem a discricionariedade na produção de respostas em direito. No final das contas, as teorias que pretendem superar o positivismo de Kelsen recaem no mesmo problema: o fatalismo que aposta na discricionariedade do intérprete. Isto porque parcela considerável da teoria do direito não entendeu que Kelsen dividiu seu discurso em linguagem-

---

<sup>36</sup> "Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua teoria pura do direito e apenas apresenta interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões de todos conhecidas: a interpretação dos órgãos jurídicos (dos tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (e a chamada "moldura da norma", que, no limite, poder até ser ultrapassada); enquanto a interpretação que o cientista do direito realiza é um ato de conhecimento que pergunta – logicamente – pela validade dos enunciados jurídicos. É nesse segundo nível que reside o cerne do paradigma da filosofia da consciência. É também nesse nível que faz morada a discricionariedade positivista". Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 458-459.

objeto (norma) e meta-linguagem (proposição). A sua Teoria propõe uma meta-linguagem pura sobre atos de vontade como linguagem-objeto (o direito).

Robert Alexy, um dos autores mais citados atualmente em *terrae brasilis*, mas talvez um dos menos lidos e compreendidos, afirma, logo no princípio da *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>37</sup>, que sua teoria, proposta para racionalizar a Jurisprudência dos Valores alemã (*Wertungsjurisprudenz*), é válida apenas para – vejam só – a Alemanha. Equivocadamente importada para o Brasil como uma proposta de correção do direito pela moral<sup>38</sup>, estando representada pelos princípios, que por sua vez seriam os valores da sociedade, tem apresentado resultados desastrosos. Sua regra da ponderação (transformada, por incrível que pareça, em princípio por parcela da doutrina nacional) foi "adulterada", por assim dizer, e agora serve de álibi teórico para legitimar decisões arbitrárias. Aliás, é na esteira do pensamento de Alexy é que vem a resposta de Norberto Flach ao problema do positivismo. Vejamos.

Já de pronto cabe ressaltar o próprio título de sua obra, que traz em segunda linha o "princípio da proporcionalidade", que, ao invés de ser mera condição de possibilidade a uma decisão judicial<sup>39</sup>, vem servindo de álibi teórico-retórico para legitimar as mais infundadas decisões judiciais, atuando como uma metarregra, afinal, se o direito é um sistema de regras e princípios (e nisto concorda o prof. Norberto<sup>40</sup>), e um caso pode ser resolvido apenas com um princípio, este não seria uma metarregra, valendo mais que as regras ordinárias?

Prosseguindo, Norberto Flach cai nos mesmos erros do prof. Plauto de Azevedo, que em sua arguição defendeu ser inevitável uma certa "análítica axiológica na aplicação do direito".<sup>41</sup> Em específico, nas palavras de Azevedo:

o trabalho do juiz precisa ser criativo. E o juiz, "para exercer uma força progressista dentro da sociedade, tem que ser aberto ao mundo, tem que se esforçar por ampliar uma

<sup>37</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

<sup>38</sup> Sua tese acerca da pretensão de correção do direito pela moral está melhor exposta em On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, Oxford, 2000. p. 138-147.

<sup>39</sup> Ora, ainda é possível falar em resposta correta, porém desproporcional, em direito?

<sup>40</sup> Cf. *Prisão Processual Penal*, op. cit., p. 32.

<sup>41</sup> Idem, ibidem.

cultura multidisciplinar. (...) A criatividade do juiz (...) não erige o subjetivismo como preceito, porque não determina que o juiz imponha seus valores pessoais na sentença. Pelo contrário, alerta-o sobre a necessidade de procurar traduzir o sentimento jurídico da comunidade...<sup>42</sup>

O que isso tem de novo? O que é isto – “traduzir o sentimento jurídico da comunidade”? Qual é a vantagem de deslocar o polo de tensão da lei para o juiz? O juiz é melhor do que o legislador? Ou seja, no final das contas, a tese de Plauto de Azevedo é somente mais uma tese voluntarista (aliás, ele mesmo a chama de axiológica), que legitima um ato de vontade interpretativo (como se isso não estivesse já no oitavo capítulo da TPD de Kelsen), enfraquecendo a autonomia do direito frente a predadores externos como a sociologia, a política, a economia e a moral, em pleno momento de autonomia do direito e supremacia e força normativa da Constituição. Supremacia e força normativa reconhecidas por Norberto Flach também. Afirma ele:

Acolhendo e seguindo, assim, a bem cabida admoestação de Ronald Dworkin – expressa no título de sua obra mais conhecida – são aquelas normas, dentre todas, as que mais devem ser levadas a sério; e a realização da Constituição é, primeiramente, a realização de seus princípios constitucionais.<sup>43</sup>

O que o Prof. Flach parece não levar em conta é a relevante circunstância de que *Levar direitos a sério* implica negar a possibilidade de decisões discricionárias, como o próprio autor admite serem inevitáveis mais adiante na sua obra e na sua arguição<sup>44</sup>. A crítica ao positivismo de Ronald Dworkin não é uma crítica “à brasileira”, realizando um *pout-pourri* de teorias incompatíveis para defender um argumento. Na obra a que Norberto Flach se refere, o ponto fulcral do argumento de Dworkin é a defesa de argumentos de princípio (que fechariam o sistema do direito,<sup>45</sup> e não o abririam, como defende Alexy através correção do

---

<sup>42</sup> Cf. Azevedo, *Crítica à dogmática*, op. cit., p. 74.

<sup>43</sup> Cf. *Prisão Processual Penal*, op. cit., p. 37.

<sup>44</sup> Idem, *ibidem*, p. 52, além da citação no começo deste item.

<sup>45</sup> Isso fica claro nas obras de Lenio Streck, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Francisco Motta e Rafael Tomaz de Oliveira, que sintetiza: "Os princípios representam a introdução do mundo prático no direito. Neles se manifesta o caráter da transcendentalidade. Em toda caso

direito pela moral) que dariam respostas para os casos resolvidos por meio da discricionariedade, no positivismo. Para tanto, Dworkin realiza uma espécie de desconstrução hermenêutica do positivismo discricionário do *common law*, de John Austin a Herbert Hart, em especial este último. Para ele, em visão contrária à de Hart, os juízes não possuem qualquer discricionariedade porque, mesmo naqueles casos chamados "difíceis" (*hard cases*), eles estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta que são descritos por Dworkin como princípios jurídicos.

Lembremos que, para Dworkin, o sistema jurídico se caracteriza por uma integridade, um respeito à tradição dos casos anteriores, que determinam as respostas nos próximos casos a partir dos fundamentos das decisões anteriores. Em cada decisão há um princípio, que necessariamente vincula as decisões nos próximos casos semelhantes. Deste conjunto principiológico, oriundo da história institucional do direito, o intérprete tem o dever de resolver o caso seguinte, na forma de um romance em cadeia, escrito por diversos autores, porém com todos seguindo de forma coerente a ideia principal, realizando o trabalho de adequar o princípio ao caso concreto constrangidos pela tradição, dando a *resposta correta* ao caso.

Aliás, a tese da única resposta correta de Dworkin também é incompreendida. Quem realiza a crítica é o prof. Weingartner Neto,<sup>46</sup> pela via do relativismo axiológico:

E se houvesse dois Hércules, ambos racionais, resolveriam da mesma forma problemas axiológicos? Visto que teriam pontos de vista diversos, calcados em interesses diferentes, "podem alcançar não equivalentes mas igualmente bem

---

compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios – e não o princípio; toda decisão deve sempre ser justificada na comum-unidade dos princípios, como nos mostra Dworkin. Não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras. Há entre eles uma diferença, mas seu acontecimento sempre se dá numa unidade que é a antecipação de sentido. Destarte, o conceito de princípio olhado desta maneira opera um verdadeiro "fechamento" hermenêutico (que de maneira pioneira foi apresentado por Lenio Streck), apto a produzir aquilo que Dworkin chama de *a única resposta correta*." (Cf. *Decisão judicial e o conceito de princípio*, op. cit., p. 239.)

<sup>46</sup> Essa questão não foi discutida de forma estrita na Mostra Científica objeto deste artigo. Como referido, o presente artigo trata não somente dos pontos colocados pela Banca (que estão entre aspas), mas também dos pontos de vista esboçados pelos membros da Banca em trabalhos escritos.

fundadas.". Como estabelecer qual a correta ou a melhor? Recorrer a uma *metaHércules* conduziria ao regresso "*ad infinitum*" e, portanto, fracassa o argumento.<sup>47</sup>

O que não resta entendido – por exemplo, pelo Prof. Weingartner Neto - na proposta dworkiniana é que a sua tese da única resposta correta é apenas um tipo ideal, assim como o único juiz capaz de realizar tal trabalho, Hércules.<sup>48</sup> A tese de uma resposta "decente", defendida pelo prof. Weingartner Neto é, permitimo-nos dizer, uma obviedade, pela razão de ser facilmente verificável que *não é possível a nenhum homem conhecer toda a história*.<sup>49</sup> Como dito, o dever de respeitar a história de casos anteriores vincula o aplicador, mas isto não significa que o intérprete tenha condições de conhecer toda a cadeia de casos semelhantes. Neste sentido, nos assentamos em Gadamer, ao afirmar que

Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional [...]. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente.<sup>50</sup>

Mais adiante, é possível vislumbrar que, para Gadamer, a tese da "única resposta correta" é apenas um ideal:

Pelos acentos que recebem através da compreensão, os textos se inserem num autêntico acontecer, exatamente como acontece com os eventos, em virtude de sua progressão [...]. Toda atualização na compreensão pode

---

<sup>47</sup> Cf. Existe a única resposta correta?, op. cit., p 105. A solução do prof. Weingartner Neto também é digna de crítica, na linha dos argumentos voluntaristas dos outros membros da Banca, isto é, a aposta no subjetivismo do intérprete, desta vez inserido em um auditório político, a chamada "comunidade interpretativa", que daria legitimidade à resposta por uma batalha argumentativa, uma nova retórica. Neste sentido, haveria uma transição paradigmática, epistemológica e social, e ao se "unir as duas transições, existe o conceito de subjetividade – simultaneamente individual e colectiva –, o grande mediador entre conhecimentos e práticas". (p. 119).

<sup>48</sup> Referimo-nos a tipo ideal no sentido weberiano, como afirmado pelo próprio Ronald Dworkin, em privado. Cf. DOUBT, Keith. Dworkin's Moral Hermeneutics and Sociological Theory. *The Social Science Journal*, v. 35, n. 3, p. 333-345.

<sup>49</sup> Novamente a crítica gadameriana a tentar entender a história como um ente.

<sup>50</sup> Cf. GADAMER, *Verdade e Método I*, op. cit., p. 430-431.

compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que foi compreendido. A própria finitude histórica da nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas que compreenderão de modo cada vez diferente. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua a ser sempre a mesma, que comprova sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando.<sup>51</sup>

Em suma, a resposta correta se manifesta de diversas formas no tempo em razão de seu caráter ontológico, determinada pela tradição e posta à luz pelo intérprete na sua condição de *ser-no-mundo*. Não se trata de uma resposta única no sentido da metafísica clássica, como pensado pelo prof. Weingartner, mas sim um projeto de verdade hermenêutico-ontológica (cf. §§ 43 e 44 e *Ser e Tempo*). Aliás – para ficar no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), Streck, por exemplo, jamais defendeu a tese da única resposta correta. Sua tese é da *resposta hermeneuticamente adequada à Constituição*, na medida em que forem respeitadas a integridade e a coerência do direito (e aí vem a relação com Dworkin) de forma a preservar a autonomia do direito e evitar a discricionariedade.<sup>52</sup>

## **2.2 Hans Kelsen e as súmulas: a moldura semântica como condição de possibilidade ao desfogamento do judiciário**

Prof. Norberto Flach – Tu reclamas que as súmulas têm sido mal aplicadas porque ninguém entende como elas funcionam e tu explicas que as palavras não carregam sentidos em si, mas todo mundo sabe disso, até Kelsen já sabia disso, e a partir dele, com a questão da moldura, isso se resolve.

Primeiro, o que quer dizer “*todo mundo sabe disso*”? Segundo, aparentemente os avaliadores não conhecem a *mens legislatoris* (*sic* – aqui, utiliza-se este argumento de modo absolutamente retórico) por trás da Emenda n. 45, que

---

<sup>51</sup> Idem, *ibidem*, p. 487.

<sup>52</sup> Cf. STRECK, *Verdade e Consenso*, op. cit. p. 620.

introduziu as súmulas vinculantes, pois as súmulas foram idealizadas justamente com a intenção de serem dotadas de clareza excepcional, sem dependerem de interpretação, fazendo a tese da interpretação a partir de Kelsen inválida<sup>53</sup>. As súmulas pretende(ra)m, justamente, resolver o problema denunciado por Kelsen e por ele tido por inexorável. Mas, sigamos, porém sem adentrarmos na problemática do plano político que acarreta a vinculação das súmulas no ordenamento jurídico de um país que vive um Estado Democrático de Direito. Tentaremos então elucidar essa questão, certamente não compreendida pelo professor-avaliador.

O que parece que não foi compreendido pelo professor-avaliador (e por expressiva parcela da comunidade jurídica) é o problema de que, no fundo, sempre há um retorno às teses que apostam no caráter discricionário do intérprete: no positivismo normativista kelseniano não há espaço para o caso concreto, pois a interpretação é deixada a cargo da vontade pessoal do juiz (as palavras são textuais de Kelsen), para o qual não há nenhum método ou critério que o controle, segundo o célebre capítulo oitavo da *Teoria Pura do Direito*. Diante do problema da plurivocidade sígnica das palavras, Kelsen não encontra solução senão a possibilidade da discricionariedade (que leva à arbitrariedade) do intérprete (e, por isso, juiz não faz ciência do direito). Este é o grande “calcanhar de Aquiles” das posturas positivistas: diante das insuficiências/limitações das regras, diante dos “casos difíceis” e face à pluralidade de regras e seus sentidos, o positivismo permite que o juiz faça a sua “melhor escolha” com base em seus entendimentos pessoais.<sup>54</sup> O Direito torna-se, assim, apenas a moldura na qual serão abrigados inúmeros e diferentes sentidos do texto (como se fosse possível separar fato e direito).

E esse saber operacional permanece calcado exatamente na “hipótese positivista” ou “fator discricionário”: quando a razão teórica não consegue responder todas as perguntas – que, abstratamente, são feitas antes da aplicação porque ainda cindem interpretação-aplicação, delega-se o poder de “colmatar o sistema” paradoxalmente àquilo que o positivismo queria “isolar” – a

---

<sup>53</sup> Sequer discutamos os absurdos de se sustentar uma teoria da interpretação deste nível no atual paradigma, como já exposto anteriormente.

<sup>54</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. op. cit., p. 223.

razão prática –, que, como sabemos, vem “eivada” de subjetividade. Graças a isso, domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da subjetividade “instauradora” do mundo) alcance o “exato sentido da norma”, “o verdadeiro significado – semântico – do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica”, etc. Veja-se: aquilo que era o “exato sentido” somente o era *in abstracto*...; diante dos “casos”, as respostas passam a ser múltiplas. Ora, o que parcela considerável dos juristas não entende é que é na “abstratidade” que os sentidos podem ser múltiplos, em face da porosidade das regras. E o equívoco está nisso: os sentidos não podem ser atribuídos em abstrato, pela simples razão de que não se pode cindir fato e direito, interpretação e aplicação. Eis o papel da diferença ontológica (*ontologische Differentz*), que propicia o ingresso do mundo prático no direito<sup>55</sup>.

É nesse mesmo sentido que podemos afirmar que, através das súmulas, ocorre a petrificação dos sentidos jurídicos, pois estas funcionam como uma espécie de significantes-primordiais-fundantes, impedindo, inexoravelmente, o aparecimento da singularidade de cada caso particular. Explicamos: as súmulas, a par de constituírem “conceitos” que pretendem aprisionar os “fatos” – e esse parece ser o objetivo dos seus defensores/idealizadores –, não são também textos? Consequentemente, em sendo textos, não são, portanto, interpretáveis? Mas, então, em sendo assim, qual é o problema das súmulas? A razão principal pode estar na denúncia que Kaufmann faz acerca do modo como os juristas interpretam e aplicam as leis ainda nos dias atuais: se examinarmos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. O perigo maior representado pelas súmulas vinculantes – e, agora, pelas súmulas impeditivas de recursos – está no fato de que cada uma delas transforma-se em uma “premissa maior” ou “categoria” (significante) própria para elaboração de deduções/subsunções. Trata-se, entre outras coisas, da introdução de um paradoxo em nosso sistema jurídico: os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não

---

<sup>55</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* op. cit. p. 64 e segs.

podem fazer é ousar contrariar súmulas (este é o teor da Lei n. 12.276). Ou seja, em *terrae brasilis* a lei não vincula; a súmula, sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição! Assim, muito além da lei, a súmula assume, no labor cotidiano da dogmática jurídica, um status de repositório de uma universalização conceitual-essencialista (como se a súmula contivesse a substância da "coisa")<sup>56</sup>. E como se o verbete sumular irradiasse uma "certeza-significativa-fundante", tornando a tarefa interpretativa do juiz um "simples" caso de *adequatio* do fato ao direito (que, no caso da súmula, estará pré-definido). Para atingir esse desiderato, a dogmática jurídica procura critérios absolutos, cuja função é pré-normatizar o (sentido do) texto, suprimindo-lhe a história e o tempo. Consequentemente, sequestra-se a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato hermenêutico-aplicativo.

#### **À GUIA DE CONCLUSÃO – O PAPEL DO DOUTRINA E DA ACADEMIA PARA ELABORAR "CONSTRANGIMENTOS EPISTEMOLÓGICOS.**

Prof. Jayme – O que tu queres dizer com "constrangimento epistemológico? [...] Tu criticas os tribunais, que erram e fazem decisões mal fundamentadas, enfim, todos os dias no Tribunal [de Justiça do RS] chegam umas nove ou dez sentenças sem fundamentação, mas nós prontamente corrigimos isto. Não vejo por que realizar uma crítica a esse tipo de problema.

Corre a história de um grupo de amigos – todos juízes – que, praticamente todos os dias, reuniam-se para discutir seus casos. Todos se diziam muito honestos e justos nas suas decisões, até que, um certo dia, um deles decidiu analisar caso a caso como cada um de seus pares decidia. Levou os resultados ao "colegiado" e todos perceberam que cada um decidia de uma forma e que, no final das contas, acabavam sendo arbitrários e injustos.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Idem. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* op. cit., p. 101 e segs.

<sup>57</sup> Nesse sentido, ver LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Esta metáfora serve muito bem para explicar os perigos de decisões tomadas de forma solipsista e/ou reprodutoras do senso comum teórico. *Nomotetas*, os juristas dão nomes às coisas em prol de uma pretensa superação de um problema jurídico já superado há tempos. Decidem como querem ao mesmo tempo em que se dizem presos à letra da lei.

O jurista, inserido em um *habitus dogmaticus*, não se dá conta das contradições do sistema jurídico. As contradições do Direito e da dogmática jurídica que o instrumentaliza não “aparecem” aos olhos do jurista, uma vez que há um processo de justificação/fundamentação da “coerência” do seu próprio discurso. *Esse processo de justificação não prescinde, para sua elucidação, do entendimento acerca do funcionamento da ideologia*. Isto porque, como ensina Zizek, a eficácia de uma ideologia pode ser apreendida pelos mecanismos da identificação imaginária e da identificação simbólica. E, à primeira vista se poderia dizer que o que é pertinente numa análise da ideologia é somente a maneira pela qual ela funciona como discurso, em suma, pela maneira como os mecanismos discursivos constituem o campo da significação ideológica. No entanto, o derradeiro suporte do efeito ideológico (*ou seja, a maneira como uma rede ideológica nos “prende”*) é o núcleo fora de sentido, pré-ideológico do gozo. Na ideologia “nem tudo é ideologia (isto é, sentido ideológico), mas é precisamente esse excesso que constitui o derradeiro esteio da ideologia”.<sup>58</sup>

O ideológico não pode ser simbolizado enquanto ideológico, ou seja, usando as palavras de Zizek, *o indivíduo submetido à ideologia nunca pode dizer por si mesmo “estou na ideologia”*. Esse não-poder-dizer é decorrente do fato de que o discurso do Outro o aliena dessa possibilidade simbolizante. É possível dizer assim que o discurso ideológico enquanto tal não é realidade para o indivíduo submetido/assujeitado. Se simbolizar é tratar pela linguagem e se o inconsciente é estruturado como uma linguagem, o discurso ideológico só pode vir à tona no sujeito se este não tiver as condições de possibilidade de dizê-lo, de nomeá-lo, isto é, de estabelecer a *surgição* de que fala Lacan no Seminário II. Nesse sentido, é possível fazer uma analogia do discurso ideológico com o discurso do mito. A ideologia – vista/entendida segundo os parâmetros aqui estabelecidos –

---

<sup>58</sup> Cf. ZIZEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992. p. 122.

permite que se diga que o mito só é mito para quem não sabe que é mito, ou seja, o mito só é mito para quem nele acredita. O desvelar do mito é a instituição de uma ruptura, através de um simbólico não atravessado/sitiado pelo discurso mitológico.

Vejamos. Todos os problemas evidenciados nos trabalhos submetidos à douta banca *foram* aqui apresentados, e, coincidentemente, as críticas feitas em ambos recaíram – ou foram devolvidas, por assim dizer – à própria banca. Devolvem as perguntas, pois. Novamente: falta densidade filosófica ao direito? Tudo, até o direito, é subjetivo? Ainda é possível falar em subjetividade na interpretação? O positivismo é realmente isso que o senso comum prega? O que significa levar direitos a sério? Decidir por políticas é legítimo? O que significa constrangimento epistemológico?

Talvez a última pergunta tenha ficado sem resposta diretamente explicitada, mas esta é respondida através do sentido do presente artigo. Daí a sua autorreferência.

De tudo o que foi dito, não é demais recordar que tanto em Gadamer como em Dworkin é possível *distinguir boas e más decisões* (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos) que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior*, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Decisões emanadas de “últimas instâncias”, embora inegavelmente devam ser obedecidas, devem, entretanto, sofrer de fortes “constrangimentos epistemológicos” ou, se se quiser chamar assim, de “censuras significativas”. Esse é o papel da doutrina em um país democrático. A doutrina deve doutrinar e não ser doutrinada. Parece simples, pois não?

Neste sentido, vem sendo proposto, especialmente em *Verdade e Consenso* (Streck), que a doutrina exerça o papel de “constrangimento epistemológico”. Sim, era isso que estava proposto nos trabalhos de iniciação científica apresentados perante a banca. Dizia-se que é papel da doutrina criticar os equívocos dos que detêm o “poder” de dizer o direito. O Supremo Tribunal, por exemplo, não tem o direito de errar por último, e por isso que acreditamos em uma doutrina jurídica crítica, para impedir que más decisões, frutos de uma

racionalidade ideológica subjetivista/discricionária (ambas são faces da mesma moeda) se repitam.

Do mesmo modo que na metáfora dos amigos juízes (e na vida real dos tribunais), é difícil perceber seu próprio equívoco de dentro do mesmo sistema, enquanto todos erram igualmente, no seio da ideologia dogmática. Foi isso que aconteceu no II Salão de Iniciação Científica da Fundação Ministério Público e é por aqui que este artigo pretende “constranger epistemologicamente” – no bom sentido acadêmico da expressão e com todo o respeito que a Banca merece –, os integrantes da banca, com a clara intenção de contribuir para que casos semelhantes não se repitam. Apenas este é o objetivo. Acreditam os co-assinantes do artigo que as críticas não continham intenção de intimidá-los ou de diminuí-los intelectualmente. A intenção, portanto, é que estas reflexões sejam recebidas exatamente do mesmo modo com que foram feitas as críticas por ocasião da apresentação dos trabalhos.

Quando os jovens – na maioria das vezes ainda nos primeiros semestres do curso jurídico (com é o caso de dois dos signatários) – se inscrevem nas jornadas de pesquisa, esperam incentivo. Não esperam o aplauso falso, evidentemente. Afinal, elogios não merecidos podem ser prejudiciais. Por isso, as críticas devem ter fundamento teórico. Queremos crer que a intenção da banca não foi a de desmerecer o esforço teórico realizado por colegas pesquisadores. Se o fosse, tal procedimento não seria a toada a ser seguida por Instituições de Ensino que se pretendem respeitáveis – e são – como a prestigiada Faculdade de Direito da Fundação Escola do MPRS, cujo projeto de reconhecimento junto ao MEC contou com a colaboração e com a titulação doutoral do Professor orientador – aliás, membro do Ministério Público – dos dois jovens que aqui co-assinam o presente texto. Pensou-se muito acerca de escrever ou não o presente texto. Em casos tais, sempre se corre o risco de fulanização. Não é este o objetivo. Mas diante do contexto, a escrita deste artigo já não se enquadrava como uma possibilidade, mas, sim, como uma necessidade. Até para proteger de futuros mal entendidos os milhares de jovens que se esmeram e se esfalfelam para fazer as suas apresentações nas semanas científicas das mais de mil faculdades de direito espalhadas por este imenso país. Eles querem ser respeitados.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, **Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, Oxford, 2000. p. 294-304.

\_\_\_\_\_. **On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's Critique.** *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, Oxford, 2000. p. 138-147.

ARISTÓTELES. **Metafísica.** São Paulo: Loyola, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e Hermenêutica Material no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Crítica à dogmática e à hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Fabris, 1989.

DOUBT, Keith. Dworkin's Moral, hermeneutics and sociological theory. **The social science journal**, v. 35, n. 3, p. 333-345.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FLACH, Norberto. **Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Enio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Warheit und Methode.** Ergänzungen Register. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-7791.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Bilíngue.** Tradução de Fausto Castilho. Campinas/Petrópolis: Unicamp/Vozes, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia:** dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MCDOWELL, João A. **Gênese da ontologia fundamental de M. Heidegger.** São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio:** a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Gérson Neves. **Os futuros contingentes no comentário de Tomás de Aquino ao tratado Da Interpretação.** Porto Alegre: UFRGS, 1998. Dissertação de Mestrado.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012

STEIN, Ernildo. **Sobre a Verdade.** Ijuí: Unijuí, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger.** Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pensar é pensar a diferença.** Ijuí: Unijuí, 2002.

\_\_\_\_\_. **Diferença e metafísica.** Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

\_\_\_\_\_. **A questão do método na filosofia:** um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1991.

STRECK, Lenio Luiz; LEPPER, Adriano Obach e BARBA, Rafael Giorgio Dalla. A banca errou, ou o dia em que Gadamer se tornou subjetivista. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Aplicação do Direito**. São Paulo: RT, 2013

\_\_\_\_\_. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito. A epistemologia jurídica da modernidade**. v. 2. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Existe a única resposta jurídica correta?. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 85-120, 2004.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.