

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Mariana Tónico Schalanski

**JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS: A NECESSIDADE DE
INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA NA ESTRUTURA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Santa Maria, RS
2019

Mariana Tônico Schalanski

**JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS: A NECESSIDADE DE
INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA NA ESTRUTURA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Santa Maria, RS
2019

Schalanski, Mariana

JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS: A
NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA
NA ESTRUTURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO / Mariana
Schalanski.- 2019.

139 p.; 30 cm

Orientador: Cristiano Becker Isaia

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, RS, 2019

1. Decisão jurídica 2. Democracia Constitucional 3.
Hermenêutica jurídica 4. Porcos-espinhos I. Becker Isaia,
Cristiano II. Título.

sistema de geração automática de ficha catalográfica da usm. dados fornecidos pelo
autor(a). sob supervisão da direção da divisão de processos técnicos da biblioteca
central. bibliotecária responsável paula schoenfeldt ratta cma 10/1726.

Mariana Tonic Schalanski

**JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS: A NECESSIDADE DE
INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA NA ESTRUTURA DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Aprovada em 30 de agosto de 2019

Cristiano Becker Isaia, Dr. (UFSM)
(Presidente/Orientador)

Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM)
(Examinador)

Fernando Hoffmam
(Examinador externo)

Santa Maria, RS
2019

RESUMO

JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA NA ESTRUTURA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

AUTORA: Mariana Tônico Schalanski
ORIENTADOR: Cristiano Becker Isaia

A presente dissertação visa estabelecer bases para possibilitar a construção de respostas corretas em Direito – *boas respostas*, hermeneuticamente adequadas à Constituição a partir de uma teoria democrática da decisão jurídica. Para tanto, será apresentado o argumento de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada por dois modos: primeiro, através do cumprimento de um procedimento no qual se garanta a participação (constitucionalmente adequada) de todos os interessados, aquilo que Dworkin denomina de *participação moral*; segundo, por meio de decisões jurídicas *responsáveis* perante à integridade do Direito. A proposta que melhor atende as exigências de uma decisão jurídica como uma questão democrática será a *Jurisdição em Rede para Porco-Espinhos*, que por sua vez, tem como desiderato a construção de uma unidade coerente, em que deva respeitar o seu *ser* enquanto integridade; essa é a porta de entrada para formulação do círculo hermenêutico de sentidos que preserve o direito fundamental dos membros da comunidade política à garantia de uma decisão coerente *fundada em princípios* que fornecem a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Democracia constitucional. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

AUTHOR: Mariana Tónico Schalanski
ADVISOR: Cristiano Becker Isaia

This research aims to establish bases to allow the construction of correct answers in Law - good answers, hermeneutically adequate to the Constitution from a democratic theory of legal decision. To this end, it will be argued that a legally and democratically correct decision must have its legitimacy confirmed in two ways: first, by following a procedure in which the (constitutionally appropriate) participation of all stakeholders is guaranteed, Dworkin calls it moral participation; second, by legal decisions responsible to the integrity of the law. The proposal that best meets the requirements of a legal decision as a democratic issue will be the *Hedgehog Network Jurisdiction*, which in turn aims to build a coherent unit in which it must respect its being as integrity; This is the gateway to the formulation of the hermeneutic circle of meanings that preserves the fundamental right of members of the political community to guarantee a coherent decision based on principles that provide the best justification for legal practice as a whole.

Keywords: Legal decision. Constitutional democracy. Philosophical hermeneutics.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O PARADIGMA HERMENÊUTICO: CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA SIGNIFICAÇÃO	14
2.1	A DIFERENÇA ONTOLÓGICA DA COMPREENSÃO	17
2.2	O CÍRCULO HERMENÊUTICO: TECENDO REDES DE SIGNIFICAÇÃO	24
2.2.1	Do círculo vicioso ao círculo virtuoso	25
2.3	O FATOR DO POSITIVISMO – O QUE IMPEDE A ENTRADA NO CÍRCULO DE SENTIDO?	42
3	JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS	57
3.1	A RAPOSA DE TOGA: PROTAGONISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	73
3.2	O PORCO-ESPINHO CORTÊS: A DUPLA DIMENSÃO DA RESPOSTA CORRETA.....	102
3.2.1	“Vai tudo bem” na Antígona tupiniquim? Uma resposta por <i>princípio</i>	117
4	CONCLUSÃO	128
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

O bom andarilho mundano sempre adverte que antes de partir, pode-se não saber aonde irá chegar, contudo, deve estar sempre orientado para a abertura da *descoberta* (*entdecktheit*¹) durante seu trilhar. Nesse sentido, para o que essa dissertação destina-se, o que se quer pode ser sintetizado em oferecer condições de possibilidade para *encontrar respostas corretas* em direito. Para tal tarefa, sempre tendo em mente a busca da *abertura* do modo próprio de ser da Constituição: a de que sua condição de *existencialidade* (*existenzialität*²) é devida a sua feitura em momentos de “sobriedade” política, para através de limites, defender o Estado e a sociedade das erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos.

Repensar o direito, nesta quadra histórica, é um desafio que se impõe aos juristas. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, Luis Alberto Warat foi um vanguardista em propor a reflexão para o direito a partir da dimensão da linguagem e da intertextualidade – como um espaço crítico por excelência, através do qual fosse possível questionar o próprio direito e seus pressupostos, seus fundamentos, sua prática, seu funcionamento para outros mundos possíveis ampliando seu horizonte de sentido.

Com isso em mente, na inspiração dos ensinamentos de Warat, enquanto subversor *do senso comum teórico* e incentivador de possibilidades para alargar os horizontes referenciais dos juristas, essa dissertação sugere como abertura dessa problemática, algo que pode ser compreendido a partir de Homero de Ulisses (ou Odisseu Οδυσσεύς)³. Como conta o mito clássico grego, no poema épico da *Odisséia*, Ulisses, ao retomar o caminho de volta para Ítaca, sabia que iria confrontar tentações de todos os modos, sendo que a mais sedutora dessas era o “canto das sereias” que por seu efeito tentador, desviava os navegantes de seus objetivos e conduzia-os a caminhos tortuosos de onde dificilmente seria possível retornar. De sorte, Ulisses, já atento às consequências devastadoras daqueles que caíram no canto, ordenara aos tripulantes que o acorrentassem ao mastro do navio e que, em nenhuma circunstância,

¹ No sentido heideggeriano, Des-coberta no sentido de *entdecktheit*, tirar a coberta é abrir. “O revelar-se das coisas implica um modo de abertura da descoberta. É na revelação que os entes não dotados no modo de ser da presença se descobrem. Os entes descobertos mostram sobretudo o modo de ser da própria presença: a presença é descobridora, ou seja, realiza-se em descobrimento”. Notas explicativas HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 575.

² Quer-se dizer do vigor de integração de estrutura e limites nas estruturas. “A força desse esforço provem da co-pertinência originária da existência, existencial nas épocas da presença. Por isso, impõe-se uma diferença, constitutiva entre as estruturas da existência, os existenciais, e as estruturas dos demais seres, as categorias”. Notas explicativas HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 562.

³ Ulisses como é conhecido na língua latina, mas chamado de Odisseu na derivação grega.

obedeceriam a qualquer mandado de soltura que ele pudesse vir a ordenar. Isto é dizer que Ulisses sabia que iria sucumbir ao canto das sereias e, por isso, criou uma auto restrição racional para suportar depois.

Ou seja, metaforicamente as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, por meio das quais o órgão político estipula algumas restrições para não sucumbir ao interesse das maiorias (parlamentares e grupos sociais). Ainda em períodos de desespero e tentação coletiva, é necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados de preferências pessoais de cada um dos indivíduos ou até mesmo “das vozes das ruas⁴”. Assim como Ulisses e suas correntes, a democracia também é construída pelo desenvolvimento de mecanismos que limitam o exercício do poder a partir de uma Constituição dirigente e compromissória. Viver em uma democracia tem seus custos. No caso atual, o custo do pré-compromisso constitucional. Em uma frase, essa dissertação traz em si um pedido à comunidade jurídica: o de que não desamarrem as correntes de Ulisses.

Pois bem.

Essa dissertação tem como desiderato dar eco em defesa de que há respostas corretas em Direito – *boas respostas*, hermeneuticamente adequadas à Constituição; e essas confirmam a sua legitimidade de dois modos: primeiro, por meio da observância de um procedimento no qual se garanta a participação (constitucionalmente adequada) de todos os interessados na formação do provimento; segundo, por meio de decisões jurídicas *responsáveis*, fundamentadas em interpretações constitucionais que possam ser *justificadas* perante à *integridade* do Direito. Então, defender-se-á que a procura pela resposta correta impõe-se como um *dever* que deve ser preservado, pois compõe a *responsabilidade política do juiz*⁵.

Nesse sentido, se defenderá que o argumento de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada. A motivação da *jurisdição em rede* tem como desiderato a construção de uma unidade coerente, que, para tanto, deve o seu *ser* respeitado enquanto integridade; essa é a porta de entrada para formulação da espiral hermenêutica de sentidos. Isto, porque a justificativa fundante do próprio ordenamento jurídico

⁴ Em referência a fala do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, onde ressaltou que a corte deve: “ouvir as vozes das ruas para julgar”. SEMER, Marcelo. Luis Roberto Barroso o dono das ruas. 3 set. 2018. *Revista Cult*, São Paulo, Seção Política, 3 set. 2018. Endereço: <https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-o-dono-das-ruas/>

⁵ Como será apresentado, segundo Dworkin, a “doutrina da responsabilidade política” implica que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõe a tomar”. MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 137.

assenta-se para uma “personificação moralmente íntegra” em que o respeito com os limites democráticos e com as tradições morais da comunidade constitucional devam estar sempre presentes na pré-compreensão do intérprete.

O *problema* a ser enfrentado pela propositura da *Jurisdição em Rede para Porco-Espinhos* diz respeito à identificação de mecanismos teóricos aptos à construção de uma decisão jurídica democrática, que seja adequada para o Brasil. O objetivo geral é acomodar esses elementos estruturais a partir do ponto de contato da hermenêutica de Hans-George Gadamer e o interpretativismo de Ronald Dworkin, que aliás, consiste no objetivo nuclear; de que a imbricação teórica no plano da interpretação de ambos autores, efetivamente fornece um roteiro teórico consistente para guiar o processo de uma interpretação decisória construtiva em direção a uma jurisdição em rede. Sendo assim, visa-se especialmente à concretização de direitos e fornecendo condições de possibilidade à interdição dos relativismos interpretativos (é o combate da *discricionariedade judicial*, cuja aceitação abre portas para *arbitrariedade judicial*).

Importa registrar que o presente trabalho foi gestado no interior do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, tendo como adequação temática a linha de pesquisa: *Direitos na sociedade em rede: atores, fatores e processos na mundialização*⁶. Justifica-se, portanto, sua adequabilidade, uma vez que procura estabelecer critérios para a construção de uma decisão jurídica, que seja adequada ao contexto constitucional brasileiro. Isto é dizer, à defesa que se respeite o direito enquanto *corpus juris*; onerando o magistrado a levar a constituição, o direito e sua autonomia a sério *faz parte de um compromisso democrático do estado de direito*, de modo que se estabeleça uma jurisdição a partir da coerência e da integridade do direito. Defender e trabalhar para que tal postura proporcione condições para a resposta correta é uma *preocupação global*. Logo, uma tarefa de todos Estados que se pretendam democráticos - o que não se limita em um único país ou região particular, trata-se, pois, de uma tarefa de impacto jurídico-contemporâneo de nível mundial.

⁶ A linha de pesquisa *Direitos na sociedade em rede: atores, fatores e processos na mundialização*, tem como hipótese nuclear perquirir sobre: “Transformações sociais, culturais, econômicas, políticas e jurídicas no limiar do século XXI: a crise das respostas binárias e lineares que caracterizaram o Direito na modernidade. Fatores impactantes na e da sociedade e Estados em rede. A pluralidade dos atores, fatores e processos: novas demandas e desafios. Dilemas da sociedade global em rede decorrentes dos fluxos informacionais, economia do imaterial, mobilidade humana, colisão de direitos fundamentais – humanos e desafios da interculturalidade: o redesenhar de uma nova cartografia jurídica-constitucional. Teorias jurídicas para o século XXI: das ordens jurídicas nacionais ao diálogo humanista transnacional: análise normativa, doutrinária e jurisprudencial sob enfoque do Poder Judiciário nacional e das Cortes Internacionais”.

O ponto de partida para a pretensão desse escrito será apresentado no segundo capítulo *O paradigma hermenêutico: condições de possibilidade da significação*, com o fim de elaborar o enlaçamento teórico entre a analítica existencial originária de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Assim, realizar-se-á alguns ajustes a partir da filtragem oferecida pela Crítica Hermenêutica do Direito – de Lenio Streck – enquanto lentes hábeis a conduzir vetores de orientação no interior do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro ao decorrer do trabalho.

A partir dessas premissas, sustentar-se-á que a medida em que há um giro ontológico, e na medida em que a filosofia faz essa virada *para* a hermenêutica, implica-se que todas estas disciplinas (epistemologia, ciência, lógica, filosofia prática, e também a ciência do direito) deixarão de serem vistas como primeiras. Então, dedicar-se a problemas epistemológicos, dedicar-se à teoria da ciência, dedicar-se à lógica numa filosofia que se orienta hermenêuticamente é já estar em um nível de disciplinas derivado, ou seja, são dependentes daquele núcleo de problemas onde sempre se situa o paradigma hermenêutico, referindo-se, então, à guinada (*kehre*) da viragem hermenêutica” (*hermeneutic turn*).

Já no terceiro capítulo *Jurisdição em rede para porco-espinhos*, será abordado através da *Raposa de Toga* como meio da simbologia de uma tomada de decisão a partir da raposa (que Dworkin trabalha a partir do trecho do Arquíloco: “a raposa sabe de muitas coisas, mas o porco-espinho sabe de uma grandiosa”) como quem aposta na pluralidade de respostas, finalidades, geralmente sem conexão e muitas vezes contraditórias, unidas, quando muito, apenas por casualidades, sem relação com nenhum princípio. Ou seja, o problema do positivismo, a aposta na filosofia da consciência na tomada da decisão judicial e a razão dessa postura ser prejudicial para a autonomia do direito na estrutura do estado democrático.

Posteriormente, em *O porco-espinho cortês: a dupla dimensão da resposta correta*, será trabalhada a analogia de “cortesia” usada pelo Dworkin para refutar as teorias positivistas que pautam o direito como um jogo de xadrez, como Macedo Jr. apresenta no livro *Do xadrez à cortesia*. Isso para inserir a interpretação do direito dworkiniana como um empreendimento criativo e reconstrutivo, na linha do que se procurou apresentar no primeiro capítulo.

Uma vez estabelecidas as interseções entre a teoria da interpretação proposta por Dworkin e os pressupostos da matriz hermenêutica, procurou-se focar na teoria do direito contemporânea, já inserindo a tematização do porco-espinho, a quem defende a unidade do valor (autêntico), de uma interpretação holística e integrada. Por fim, em “*Tudo vai bem*” na *Antígona tupiniquim? Uma resposta por princípios*, focar-se-á em como o Poder Judiciário vem assumindo uma postura de protagonista na realidade brasileira. Cabendo abordar

superficialmente alguns temas contemporâneos, que passam pelo questionamento a partir da divulgação de diálogos do periódico digital *The Intercept* que evidenciou no seu conteúdo posturas jurisdicionais tomadas no interior da força tarefa Lava Jato, sendo essas posturas incompatíveis com a os princípios democráticos basilares de um Estado Democrático de Direito, quando aferidos a partir da “régua dworkiniana”, para quem uma decisão deve ser tomada com base em princípios – e não com base em política.

Em frente, então.

“[...] E a Lei – mulher feliz que dorme há tantos anos –
Não acorda pra ver quanta injustiça existe!

Onde está esse amor que os sacerdotes pregam?
Onde estão essas leis que o Parlamento imprime?
O Código não pode abrir o seio ao Crime,
Infamando o pudor que os Tribunais segregam!

Vêde bem da fornalha a rubra labareda!...
Olhai das chaminés o fumo que desliza!...

Pois é o sangue... É o suor do pobre que agoniza
Enquanto a lei cochila entre os divãs de seda!

Existe essa legião de mártires descrentes
Em cada fim de rua, em cada bairro pobre!
É desgraça demais que num país tão nobre
Que teve um Bonifácio e deu um Tiradentes

Será preciso o sangue borbotar na lança?
E o cadáver do povo apodrecer nas ruas?
Tu não vestes, ó Lei, as próprias filhas tuas?
Morre, pois, mãe cruel, debaixo da vingança!

Mas eu vejo que breve há de chegar a hora
Em que a voz do infeliz é livre – na garganta!
Porque sei que esse Deus que nos palácios canta
É o mesmo Deus que pelos bairros chora!

Quanto riso aqui dentro! E lá fora, os brados!
Quantos leitos de seda! E quantos pés descalçados!
Já que os homens não vêem esses decretos falsos,
Rasga, cristo, o teu manto! Abriga os desgraçados!...”

Rogaciano Leite – Os trabalhadores

2 O PARADIGMA HERMENÊUTICO: CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA SIGNIFICAÇÃO

Para percorrer os degraus que abrem alas ao passado é necessário que se esteja bem calçado e tenha-se consciência da delimitação que esse movimento exige. Um caminhante comprometido com o seu trilhar reconhece a importância do papel da historicidade – que é sempre historicidade de algo – como um constante retorno a si mesmo, descerrando novas visões tanto do próprio andarilho, quanto da própria história que é visitada durante esse movimento. Assim, sob pena de sucumbir dentro da alienação heideggeriana⁷, uma vez que o indivíduo é desde sempre dotado de historicidade, fica impossível separar esse atributo do todo da existência humana.

No interior desse gesto que a presente dissertação pretende percorrer: trata-se de um virar a página sempre lembrando o que se viu, para assim perfazer o caminho da reflexão⁸. Isso posto, o presente trabalho tem por objetivo estabelecer bases conceituais, tomando por fio condutor a ligação entre o pensamento de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, para identificar mecanismos teóricos habilitados à construção de uma decisão jurídica democrática, que seja apropriada para realidade brasileira.

A conversação teórica entre os autores é a base mestra para que seja apresentado posteriormente o tema da unidade do valor (*the unity of value thesis*⁹) dworkiniana, essa personificada pelo porco-espinho como um monista, ou seja, uma teoria geral da interpretação do direito que seja integrada e coerente¹⁰. Então, juntamente com Dworkin ao aceitar o direito como um conceito interpretativo, defender-se-á uma interpretação que *una* esses valores por

⁷ Em Heidegger, este é o sentido da alienação: “uma tentativa de fugir da condição histórica, que é a de ter um passado irremissível e um futuro que não tem saída.” STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2ª. ed. Unijuí, 2008, p. 37.

⁸ É justamente neste ponto em que Ernildo Stein, acompanhado de Gadamer, indica que a hermenêutica filosófica hospeda e emprega o conceito de facticidade ao todo da história através “da compreensão desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido.” STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. *Hermenêutica e epistemologia 50 anos de Verdade e Método*. Alexandre Morais da Rosa et. al.; Organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 14.

⁹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 1. Em relação ao emprego da palavra “valor” no contexto da literatura de Dworkin, faz-se pertinente evitar interpretações equivocadas quanto seu emprego denotativo e apartado de sua obra, mas por meio do objetivo teórico, que fica mais evidente conforme seu argumento desenvolve.

¹⁰ Cabe referir a tese do direito como integridade, elaborada por Dworkin na sua obra *Império do Direito*, em que o autor defende que as pessoas têm direito a uma prestação jurisdicional coerente e fundamentada em princípios das decisões jurídicas, ainda quando haja divergência entre os magistrados. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 164. Esse tema será melhor abordado posteriormente, em especial quando se trata das diferentes concepções de interpretação constitucional.

meio da *applicatio*, formando uma *rede jurisdicional* em que cada valor (que é sempre um valor normativo e autêntico) suporta o outro, em relação de reciprocidade. Desse modo, a jurisdição em rede para porcos-espinhos é um movimento dirigido, assim, à unidade interpretativa a fim de possibilitar o encontro de respostas corretas em direito.

Para elaborar o enlaçamento teórico perante ambos autores, é preciso realizar alguns ajustes a partir da filtragem oferecida pela Crítica Hermenêutica do Direito¹¹ enquanto lentes hábeis a conduzir vetores de orientação ao decorrer do trabalho, por ser uma teoria jurídica que se alicerça na tradição heideggeriana-gadameriana, assim como os aportes da teoria integrativa de Dworkin também serão trazidos para construir um referencial comum. Isso tudo, está elencado no intuito de propor fundamentos para composição de uma teoria jurídica democrática e hermeneuticamente fundamentada.

Pois bem, após estabelecida as premissas iniciais, é possível adentrar no campo contudístico a que este capítulo destina-se. No contexto da radicalização ontológica do problema da compreensão, importa esclarecer que ele participa de um núcleo no qual se vincula a um outro movimento mais amplo na história da filosofia contemporânea: o chamado giro da hermenêutica. Não são movimentos idênticos, mas a virada ontológica é uma espécie de núcleo desde onde se irradia a chamada virada hermenêutica da filosofia¹².

Mas que ontologia fundamental é essa que superaria as falhas da tradição metafísica, caudatária da filosofia ocidental¹³? Importante ressaltar o uso da expressão *radicalização*, porque ela não significa que todas as contribuições da hermenêutica metodológica e epistemológica sejam consideradas falsas ou equivocadas, elas são consideradas como não suficientemente praticadas, não suficientemente básicas e fundamentais, uma espécie de “descida” aos planos mais elementares.

¹¹ Termo cunhado por Lenio Luis Streck, fundado a partir da filiação à tradição hermenêutica continental (Heidegger-Gadamer) em consonância com alguns aportes da literatura dworkiniana. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹² Em princípio faz-se necessário estabelecer um breve esboço sobre o caminho do paradigma hermenêutico (adotado para este trabalho), marcando algumas diferenças entre a hermenêutica ontológica e a hermenêutica metodológica e epistemológica, que em geral é considerada como uma mudança entre a formulação clássica da hermenêutica metodológica, epistemológica e a sua versão mais contemporânea, que seria a ontológica. STEIN, Ernildo. *O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaio e Conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017.

¹³ Quanto ao uso do termo *ontologia*, criado por Klauberg no contexto do movimento renascentista, é empregado como “estudo do *ser enquanto ser*”. Contudo, Ernildo Stein relembra que *ontologia* tornou-se uma palavra moderna, tendo seu sentido mais generalizado no fim do século XX, com as “ontologias regionais” de Husserl, “mas só em Heidegger, quando aborda a ontologia fundamental, produz uma distinção radical na questão do uso da palavra. A ontologia fundamental passa a ser aquele pressuposto para se poder fazer qualquer tipo de ontologia regional; é nesse sentido que é ontologia fundamental: *é um pressuposto para se fazer, por exemplo, qualquer tipo de Filosofia da Religião, da Arte, do Direito, cultura, da linguagem*. Ontologia fundamental tem, então o sentido de ser a condição de possibilidade para se fazer qualquer tipo de descrição regional da realidade”. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 89-90.

A direção para melhor visualizar a mudança ontológica no entendimento do problema da compreensão fica mais evidente quando essa passa ser entendida como uma categoria ontológica, e não como uma operação cognitiva. Nesse movimento geral da filosofia contemporânea, chamado de virada para a dimensão hermenêutica, tem-se um impacto muito grande, pois marca um redimensionamento dos campos de compreensão filosóficos. São viradas que implicam em certos núcleos de problema – certas disciplinas filosóficas passam a ser consideradas como não fundamentais e outras consideradas como fundamentais – provocando grandes consequências na interconexão dos domínios filosóficos, e, conseqüentemente, alcançando o debate metodológico na teoria do direito¹⁴.

Nesse sentido, todas as disciplinas derivadas dos campos de problema das múltiplas ciências humanas são vistas como sendo problemas do conhecimento. Isto é dizer, a conexão da hermenêutica com a ontologia não é apenas entre *compreensão* e *interpretação*, que é a estrutura do ser humano, mas é porquê essa estrutura humana condiciona toda e qualquer investigação filosófica, inclusive a investigação filosófica no campo prático do direito.

Veja-se que à medida que há um giro ontológico, e na medida em que a filosofia faz essa virada *para* a hermenêutica, implica-se que todas essas disciplinas (epistemologia, ciência, lógica, filosofia prática, e também a ciência do direito) deixarão de serem vistas como primeiras. Então, dedicar-se a problemas epistemológicos, dedicar-se à teoria da ciência, dedicar-se à lógica numa filosofia que se orienta hermenêuticamente é já estar em um nível de disciplinas derivado, ou seja, são dependentes daquele núcleo de problemas em que sempre se situa o paradigma hermenêutico, referindo-se, então, à guinada (*kehre*) da viragem hermenêutica (*hermeneutic turn*).

São mudanças muito substantivas que estão envolvidas tanto na filosofia, quanto na agenda jurídico-filosófica contemporânea, uma vez que houve um deslocamento no eixo de preocupações filosóficas para o cotidiano do jurista contemporâneo. Nesse sentido Dworkin salienta:

A filosofia do direito estuda os problemas filosóficos levantados pela existência e pela *prática do direito*. Ela, desse modo, não tem um núcleo central próprio de problemas filosóficos, como outros campos da filosofia possuem, mas se sobrepõe a todos esses campos. *Uma vez que as ideais de*

¹⁴ Denomina-se aqui “debate metodológico na teoria do direito” de um modo amplo o que o debate filosófico envolve no embate das condições de possibilidade do conhecimento jurídico, sua natureza (descritiva, interpretativa, explanatória), como também a sua dependência com respeito a distinções clássicas da filosofia: analíticos/sintéticos, teoria procedimentalista/substancialista. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24.

culpa, erro, intenção e responsabilidade são centrais para o direito, a filosofia do direito é parasitária da filosofia da ética, da filosofia da mente e da filosofia da ação. Uma vez que os advogados se preocupam com o que o direito deve ser, e com como ele deve ser feito e administrado, a filosofia do direito é também parasitária da filosofia política. *Mesmo o debate sobre a natureza do direito, que dominou a filosofia do direito por muitas décadas, é, no final, um debate dentro da filosofia da linguagem e da metafísica.*¹⁵ (grifo meu).

Concordando com Dworkin, pode-se observar que temas atinentes à filosofia moral, política e do direito contemporâneos migraram para os centros acadêmicos na medida em que demandas dessa temática são judicializadas ou trazidas para o cotidiano do jurista. Em outras palavras, os litígios próprios de uma sociedade complexa chega à porta do jurista exigindo uma resposta juridicamente adequada¹⁶. Como exemplo, pode-se elencar os novos temas de bioética, os direitos humanos e os novos tribunais internacionais¹⁷, a participação democrática, a revisão judicial¹⁸, a jurisdição processual¹⁹, como o próprio tema da interpretação do direito, esse último, que será explorado ao decorrer deste capítulo.

2.1 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA DA COMPREENSÃO

As proporções e impactos dessas novas agendas filosóficas introduzidas na teoria do direito irradiam em diversos âmbitos. Não interessa neste trabalho esmiuçar cada ponto tocado pela problematização da virada ontológica hermenêutica, mas a título de exemplo, caberá destacar a retomada de temas clássicos tais como a natureza descritiva e/ou avaliativa das teorias jurídicas²⁰, a objetividade na interpretação jurídica, as respostas construtivistas ao

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p.1, tradução minha.

¹⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 18. O tema sobre a judicialização das relações sociais e seu impacto na tomada da decisão será melhor explorado adiante.

¹⁷ Cf. BESSON, Samantha; TASIOLAS, John (Orgs.). *The philosophy of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2010; WALDRON, Jeremy. The Rule of international law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v.30, n.1, 2006. Disponível: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No1_Waldrononline.pdf. Acesso em 10 jan. 2019; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Perspectivas para sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

¹⁸ Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015*. Editora Juspodivm, 2018.

¹⁹ Cf. ISAIA, Cristiano; CALAMANDREI, Piero; STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; HOMMERDING, Adalberto Narciso; SILVA, Ovídio A. Baptista da.

²⁰ Sobre tal ponto, além dos autores principais do debate, como Joseph Raz, Ronald Dworkin, John Finnis, Jules Coleman, Stephen Perry e Michel More, caberia destacar o relevante trabalho de DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart, 2001, e também OBERDIEK, John.

ceticismo e ao relativismo moral e jurídico²¹, além do tema que ocupa um lugar central na filosofia do direito e constitui-se um dos eixos principais do positivismo jurídico clássico e contemporâneo, que é a separação entre direito e moral²². Importante ressaltar desde logo que em todas essas temáticas foi marcante a presença do pensamento de Ronald Dworkin.

Desse modo, assuntos relacionados à natureza do direito são pertinentes a questões de epistemologia geral, como conceitos de “*objetividade, verdade, certeza, e epistemologia moral, de maneira peculiar*”²³. Por isso, este capítulo pretende seguir um importante propósito, que é o de procurar demonstrar como se estabelece essa agenda de interconexão que é pensar em uma filosofia *no* direito. A integração é necessária. E esse é um argumento decisivo em prol da construção de uma jurisdição em rede para porco-espinho.

Em linhas muito gerais, o que significa essa reelaboração ontológica do problema da compreensão? Significa que, em caso específico de duas funções centrais – compreensão e interpretação, essas duas noções, pela concepção clássica, designam operações que um agente cognitivo realiza – e que resultam em conhecimento, em algo com valor cognitivo. Isso quando é realizada de forma metódica, segundo métodos, segundo regras nas ciências humanas, lembrando da expressão usada por Schleiermacher, interpretação “de acordo com arte”²⁴. Contudo, ainda que esse autor tenha sido um dos responsáveis para a universalização da hermenêutica, sua literatura ainda se encontra inserida em um paradigma metafísico-racionalista, ou seja, concebendo a interpretação como um instrumento cognitivo.

Pois bem, com Martin Heidegger, o contexto de sua obra (em especial, *Ser e Tempo*, de 1927) é onde explicitamente a hermenêutica passou ser vinculada a uma perspectiva fundamental, dizendo respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana²⁵. Ou seja, Heidegger tira o tema hermenêutico da compreensão e interpretação do âmbito da metodologia e epistemologia e coloca-o no domínio

²¹ Cf. GOWANS, Chris. Moral relativism. *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Edited by Edward N. Zalta. Spring 2012. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/moral-relativism/>> Acesso em: 20 jan. 2019.

²² O ponto sobre a separação entre o direito e a moral foi abordado como uma questão metodológica do direito desde o início do século XX. Cf. HOBBS, Thomas; AUSTIN, John; KELSEN, Hans; HART, H. L. A.; RAZ, Joseph. Este tema, contudo, também acabou por se tornar um ponto básico para todas as teorias antipositivistas, como a de Ronald Dworkin.

²³ Grifo meu. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁴ Cf. SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica Crítica: Com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem – I*. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Luke (1838). Tradução de Aloísio Ruedell e Revisão de Paulo R. Schneider. Ijuí: Unijuí, 2005.

²⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 50.

ontológico. Sua filosofia, nessa perspectiva, parte da “necessidade de uma retomada explícita da questão do ser”, algo que teria sido emudecida desde as pesquisas de Platão e Aristóteles²⁶.

Assim, compreensão deixa de significar, em primeiro lugar, no seu sentido mais básico, como um conjunto de operações que o sujeito ou agente cognitivo faz e passa se reportar a uma estrutura ontológica. Isto é um ponto muito fundamental, na medida em que os significados dos termos compreensão e interpretação são predominantemente relacionados como “aquisição de informação”, “cognição” e assim por diante.

Sobre esse ponto, é oportuno trabalhar rapidamente algumas diferenças entre a hermenêutica epistemológica, metodológica e a hermenêutica ontológica. A hermenêutica metodológica, chamada como tradicional, entende a compreensão como uma operação cognitiva particular, especial, por exemplo, diferente da explicação, a compreensão de textos e discursos (não precisam ser escritos), mas é o conjunto de operações que um agente faz se quer conter informação de um texto²⁷. Quando ela é elaborada a partir de técnica ou arte²⁸, tem-se a interpretação como construção metódica da compreensão.

Também na hermenêutica tradicional, tem-se autores que vêm pela generalização (Schleiermacher todo em qualquer tipo de texto e discurso, inclusive os falados) e universalização (Droysen os fenômenos humanos em geral, não apenas discursos), contudo, ainda se continua numa hermenêutica tradicional, mesmo com alguém como Droysen formulando uma concepção de conhecimento histórico dos acontecimentos dos fatos – e não somente textos como hermenêutico, ainda seria participante dessa concepção clássica da hermenêutica (que entende interpretação e compreensão como operações cognitivas)²⁹.

Por exemplo, *na ciência do espírito (Geisteswissenschaften)* é onde essa compreensão é realizada com rigor, e a hermenêutica seria a explicitação teórica e justificação dessa metodologia. Eles seriam os “antigos da hermenêutica”, o que se entende de metodológico e epistemológico. Por outro lado, a vanguarda da hermenêutica, quando realiza a radicalização ontológica, liberta-se dessa vertente e passa a conceber que compreensão é um fenômeno muito mais fundamental, ela tem em seu campo uma dimensão muito mais básica; a saber, a compreensão enquanto condição ontológica dos seres humanos.

²⁶ Em Heidegger, o sentido de “ser”, que seria o “conceito mais universal e vazio”, não podendo ser confundido como “ente”, possui a característica da “indefinibilidade”, o que nem por isso “dispensa a questão de seu sentido; ao contrário, justamente por isso a exige”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 37-9.

²⁷ STEIN, Ernildo. *O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaios e Conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017, p. 160.

²⁸ Expressão empregada por Schleiermacher.

²⁹ SCHNÄDELBACH, Herbert. *La filosofia em Alemania*. Madrid: Catedra, 1991.

Aqui, introduz-se um dos eixos fundamentais do pensamento heideggeriano: o *Dasein*. Refere-se, o *Dasein* (traduzido como “ser-aí”, “estar-aí”, “pre-sença”)³⁰ de um ente compreensivo, um ente que é diretamente questionado a respeito do sentido de *ser*, e é a partir dessas considerações que Heidegger dirá que “da própria investigação resulta o sentido metodológico da descrição fenomenológica é *interpretação*”³¹. Assim, é a partir da fenomenologia (a ciência dos fenômenos), ou com base em Husserl, na expressão: “para as coisas elas mesmas”³², que o filósofo determinará a sua hermenêutica (que é fenomenológica) o conceito de “método” compreendido não como algo exterior ao sujeito e puramente técnico, mas sim ligado à abordagem das coisas em si mesmas, no “como” se proceder na filosofia³³.

Segundo Heidegger, o *ser* dos seres humanos é ser compreensivo, mais especificamente, a maneira específica e exclusivamente humana de estar no mundo é compreensiva. Ela é uma estrutura que determina tão fundamentalmente o ser humano porque está relacionada com um tipo particular de compreensão: a saber a compreensão de ser, que somente pode entrar em contato a partir do *Dasein*. Daí Heidegger elege a expressão “ser-no-mundo” para designar a estrutura do próprio *Dasein* como ponto de partida de sua analítica existencial.

Nesse sentido, Silva Filho aclara que a referência a ser-no-mundo resulta em três abordagens trabalhadas na primeira parte de *Ser e Tempo*: “o conceito de *mundo* e a ideia de *mundanidade*; o ser-aí enquanto jogado no cotidiano, isto é, a referência ao homem concreto,

³⁰ Sobre a significação incomum do *Dasein*, Márcia Sá Cavalcante Schuback, tradutora e quem prefacia a edição de *Ser e Tempo*, utilizada nesta dissertação, faz considerações pertinentes para a compreensão etimológica dessa categoria hermenêutica e sobre a hesitação em traduzir, ou não, a expressão: “Se o leitor lê a tradução porque não sabe alemão, ele lerá em primeiro lugar não uma palavra mas um conjunto de letras e fonemas, e essa palavra só terá sentido, ou bem quando explicada e traduzida, ou bem quando o leitor aprender alemão, e nesse caso pode prescindir da tradução. A não-tradução faz da palavra mais cotidiana em alemão, *Dasein*, a palavra mais esdrúxula quando pronunciada em português, ‘*Dasein*’, tornando-se assim infiel à característica mais própria da linguagem de Heidegger, que não é tanto a introdução de palavras inusitadas, mas o uso inusitado e extraordinário de palavras usuais e cotidianas da língua alemã”. Feita essa ressalva, atenta-se bem que “*Dasein* é um termo decisivo em *Ser e Tempo*. Mas é decisivo precisamente por indicar a condição existencial de possibilidade de um pensamento que não se define e nem se esgota com a racionalidade categorial dos conceitos. *Dasein* não é um conceito, mas uma ‘indicação formal’, um aceno. Distintamente de um conceito, que é síntese do múltiplo e diverso numa universalidade, *Dasein* é indicação de experiência, onde compreender não diz agarrar a realidade com esquemas já dados, mas deixar-se tomar pelo que faz a compreensão buscar compreender”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 17-6.

³¹ *Ibidem*, p. 77.

³² OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 201.

³³ Pode-se dizer que Heidegger, quando aborda a ontologia fundamental “que estranhamente, se chama fundamental e quer criticar o fundamento, e estranhamente, se chama ontologia e quer ser fenomenologia. No fundo, ontologia fundamental não é nada mais do que fenomenologia hermenêutica”. STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 90.

visto em sua vivência; e , finalmente, a relação de sentido unitária que se estabelece entre os entes a partir do *ser-aí* em sua mundanidade, o que Heidegger designa por *ser-em*”³⁴.

Deste modo, a analítica do *Dasein* mostra-se como um caminho que encontra os entes e sua significação no plano da facticidade; daí falar-se em “hermenêutica da facticidade”, entendida aqui como ontológica, porque passa a descrever o ser-no-mundo (analítica existencial). Trata-se da condição de possibilidade da significação. Não há separação entre sujeito e objeto (dualismo metafísico) porque os conceitos estão juntos com o sujeito, a sensibilidade com as categorias; “não há separação porque ser-no-mundo não se dá antes do mundo, e nem o mundo antes do homem”³⁵.

Ora, existência como modo de ser, existir significa estar no mundo, mas o que significa estar no mundo, afinal de contas? A diferença fundamental: se afirmo que existe um planeta, estou dizendo que o planeta está no mundo, mas não é a mesma acepção de *estar em*, estar presente em um mundo, porque, em Heidegger, estar no mundo significa estar em uma forma compreensiva. A forma específica dos seres humanos como existentes em um mundo é caracterizada por ser compreensiva. Existir é compreender. Significa que a maneira específica em que ocorre o estar em um mundo para os seres humanos – é que eles estão sempre, desde saída, postos em significações, ou seja, “vivemos em vista de um futuro para o qual nos projetamos sempre em busca de um sentido”³⁶.

É importante deter-se ao ponto da reelaboração da relação entre “compreensão” e “interpretação” em Heidegger, dando maior foco à primeira, uma vez que para ele “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender”³⁷. Essa assertiva do autor é sustentada pelo argumento de que qualquer significação que se atribua a um ente é, essencialmente, uma interpretação, posto que toda a atividade do sujeito está comprometida em um momento prévio, instituidor, de abertura para o mundo. Logo, é a esse instante que se nomeia compreensão existencial, o qual permitirá

³⁴ Sobre a existência como o modo de ser, esta tem origem, em primeiro lugar em Kierkegar e em segundo lugar em Santo Agostinho, Luttero e São Paulo. Seriam esses, por assim dizer, os quatro capítulos na tradição que Heidegger está para elaborar o conceito de existência. Não é, portanto, uma invenção *ad hoc*, já havia, sobretudo, o uso do conceito de existência nessa acepção. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003 p. 58-9.

³⁵ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008 p. 84.

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *El Giro Hermenêutico*. Madrid: Catedra, 1998, p. 97-6.

³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 209.

elaborar inúmeras possibilidades do ser-aí, a serem avançadas na interpretação a partir das significações que carrega consigo³⁸.

Significações essas que lhe são familiares, significações com as quais o intérprete sabe cuidar, sabe manejar. Precisamente, compreensão seria a denominação para aquilo que torna possível esse saber de alguma maneira, orientar-se relacionamente no mundo. Nesse sentido, nas palavras de Lenio Streck, a compreensão antecede qualquer interpretação, ou seja: “*não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas antes, é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo, que funciona como uma elaboração (explicitação) do (já) compreendido*”³⁹ (grifo do autor).

Sinteticamente, procurou-se reconstruir o projeto de base introduzido por Heidegger, ao sustentar que compreensão é um modo mais básico do ser humano, na medida em que ele é relacionado, tem experiência de mundo e essa sua experiência é uma experiência significativa. Sempre é uma experiência em que há a apreensão de uma significação, e não apenas relações de estímulo e resposta ou o caso da subsunção para decidir casos jurídicos, que seria a atividade do juízo que promove a concreção do direito no caso sob judice. Apresenta-se algo como porta e fechadura e, por isso, nós somos condicionados a dar a resposta de uma certa maneira. Bem como no campo da aplicação judicial do direito, onde Streck aponta a finalidade do positivismo jurídico, “*quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto, ou seja, quando transforma lei em razão autônoma*” (grifo do autor), quer dizer: exclui-se a facticidade das preocupações do direito⁴⁰.

Principalmente nesse aspecto indicado por Streck que se debruça a crítica hermenêutico-ontológica, pois conceber o conceito de significado com base nesses pares conceituais; de um sujeito apartado do mundo fático, falseia o problema. Isso pode ser marcado de uma forma esquemática com base na ideia de que os significados não são algo que está à disposição do sujeito mental e as significações então aparecem, enquanto ele, a partir de um grau zero, lança mão da linguagem e expressa os significados. Como se ele fosse literalmente o sujeito da significação.

³⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 60-1.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003, p. 228.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 61.

Em defesa do que se propõe neste trabalho, e será melhor desenvolvido adiante, não se aceita a epistemologia dualista (esquema sujeito-objeto) que Kant retirou da tradição logicista da metafísica, levando-nos ao formalismo positivista e coloca o problema da interpretação em caminhos equivocados. Reconhecer que sempre partimos de uma dimensão hermenêutica e aceitar que a filosofia da finitude parte da vida fática nos liga ao mundo prático é “aceitar que somos nós que pertencemos aos significados e não os significados que nos pertencem”⁴¹.

Trata-se de uma relação complexa que irá invadir o campo da interpretação do direito; as significações dependem, na sua constituição formal, de elementos da ontologia humana, mas não de um sujeito pré-concebido como sujeito consciente, transparente, capaz de apanhar as significações e expressá-las, como se a linguagem fosse um instrumento que ele pudesse lançar mão simplesmente para alcançar um propósito.

Como modo de corroborar a necessidade de se fazer filosofia *no* direito, e não simplesmente *do* direito, recorre-se mais uma vez ao professor Lenio Streck no contexto do debate com Manuel Atienza, ao defender o uso da hermenêutica para “resolver o problema das súmulas vinculantes brasileiras”:

Não é um conceito da dogmática jurídica. É um conceito filosófico. Não é Heidegger quem vai resolver o problema da utilização das súmulas ou da *Begriffjurisprudence* com suas pandectas. É o paradigma filosófico, o *ontologic turn* ou *hermeneutic turn*, fundado por Heidegger e Gadamer, que servirá para criticar a pretensão pré-moderna do mito do dado que está na tese das súmulas vinculantes e que estava no pandectismo alemão do século XIX. Viu como o problema é complexo? Filosofia “no direito” é algo profundo e sofisticado. Sem apelar ou nos sustentarmos na noção de paradigma, não conseguiremos fazer uma adequada crítica aos problemas contemporâneos da teoria do direito⁴² (grifo do autor).

Streck foi no âmago do que representa a filosofia *no* direito. Isso é dizer que tem de se aceitar que certas agendas filosóficas têm repercussão no mundo do direito, e que não é possível fazer direito ou filosofia do direito ignorando esses problemas. Mais uma vez, “isso se chama falar a partir de paradigmas filosóficos”⁴³.

⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *El Problema de la Conciencia Historica*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 243.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 193.

⁴³ STEIN, Ernildo. *O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaio e Conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017, p. 190.

Dessarte, tudo que foi explanado até então pode ser resumido ao ponto que Manfred Frank apresenta: em que “a linguagem não é apenas objeto, mas é o sujeito da compreensão”⁴⁴. Ou seja, as significações aqui ganham uma autonomia - que não é a do sujeito. Essa concepção tem grande importância na construção de uma interpretação constitucional dworkiniana, que será examinada na próxima seção.

2.2 O CÍRCULO HERMENÊUTICO: TECENDO REDES DE SIGNIFICAÇÃO

Relembrando o que já foi apresentado até em então, de acordo com Heidegger, a “interpretação sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar”⁴⁵.

A partir dessa premissa, Silva Filho acrescenta que o sujeito encontra-se em uma relação de disponibilidade com as coisas as quais adquirem um sentido na “fatorialidade do fato”⁴⁶; assim, antes do sujeito tomar consciência que um ou outro ente possui tais ou quais características que lhe são pertinentes, ele já, de saída, (re)conhece essa pertinência a partir de um sentido que aquele ente já possui no interior da sua gramática compreensiva.

Aceitar a qualidade existencial do *Dasein*, de *ser-em*, é aceitar que “somos *jogados no mundo* e que isto significa, que primeiramente estamos *enredados* na disponibilidade dos entes, para só depois termos consciência disto e podermos tematizar esta disponibilidade”⁴⁷ (grifo do autor). Nessa linha, a compreensão prévia é um *sentido*⁴⁸ que o sujeito compartilha de modo inconsciente e que já lhe é transmitido pela própria linguagem.

Veja-se que há, pois, uma relação *circular* entre o compreendido (algo que chega “como” algo⁴⁹) e o interpretado. Dito isso, a partir de agora adentrar-se-á na tematização sobre o círculo da compreensão, seus desdobramentos no decorrer histórico, para então, demonstrar

⁴⁴ FRANK, Manfred. Introdução. In: SCHLEIERMACHER, F. D. *Hermenêutica e Crítica*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 231.

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 214.

⁴⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 63.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁸ Em Heidegger, a palavra “sentido” tem uma conotação distinta da usual: “Se junto com o ser da presença o ente intramundano também se descobre, isto é, chega a uma compreensão, dizemos que ele tem *sentido*. Rigorosamente, porém, o que é compreendido não é o sentido, mas o ente e o ser. Sentido é aquilo que sustenta a compreensibilidade de alguma coisa”. A estrutura que o autor elabora sobre o sentido será melhor abordada adiante, quando se adentrar no tema do círculo hermenêutico. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 212.

⁴⁹ O que significa dizer: “O que se abre no compreender, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode relevar-se expressamente em si mesmo ‘como isto ou aquilo’. O ‘como’ constitui a estrutura do *expressamente* compreendido; ele constitui a interpretação” (grifo do autor). HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 210.

que esse círculo tem um sentido ontológico positivo para a instituição da tese da resposta correta na estrutura do estado democrático de direito, concordando junto a Gadamer, que “*toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade* de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”⁵⁰ (grifo meu).

Conectando essa temática ao objeto deste trabalho, cabe antecipar a indagação: até onde vai esse limite interpretativo na tomada da decisão judicial? Será o que reivindicar-se-á no próximo capítulo, quando a hermenêutica gadameriana encontra Dworkin⁵¹; o qual defende que há respostas corretas (*boas respostas, ou se quiser, adequadas à Constituição*) em Direito hermeneuticamente adequadas diante dos limites constitucionalmente estabelecidos. Se a explanação for bem-sucedida, isso permitirá que se faça a demonstração que há pontos de contato importantes entre, propriamente, o círculo hermenêutico da compreensão (*applicatio*) e o interpretativismo dworkiniano, a fim de possibilitar uma jurisdição em rede (decisão jurídica na formação de sentidos) para o jurista porco-espinho (intérprete que unirá esses valores).

2.2.1 Do círculo vicioso ao círculo virtuoso

Pois bem, a expressão “círculo hermenêutico” surge em meados do século XIX com o aluno de Schleiermacher, Christian Boeck, no contexto em que seu professor trabalhava a interpretação em quatro formas essenciais: interpretação psicológica e gramatical, interpretação divinatória e comparativa⁵².

Boeck tem a noção de interpretação histórica e a partir dela usa a expressão “círculo hermenêutico” propondo que há uma circularidade entre interpretação gramatical e histórica - e isso é algo inevitável. Nesse recorte histórico, considera-se em Boeck a primeira vez que é utilizada a expressão, porém seu conceito, tem raízes mais antigas; em especial, na retórica da antiguidade, retóricos romanos e autores como Platão e Aristóteles, *a saber que existe uma relação de dependência na composição de um texto ou de um discurso* (a arte retórica, nesse

⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 356.

⁵¹ Essa ideia foi defendida por Francisco Motta; ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *passim*.

⁵² Cf. SCHNÄDELBACH, Herbert. *La filosofía em Alemania*. Madrid: Catedra, 1991.

sentido, estuda os diferentes elementos que deveriam ser observados para compor um texto ou um discurso com o propósito de obter convencimento, e assim por diante)⁵³.

Um dos temas mais conhecidos nessa tradição, é que para a boa composição de um texto ou discurso, seria necessário que a alocação das partes desses precisassem tomar em consideração o *todo* (mesma lógica utilizada pela metodologia até hoje: introdução, desenvolvimento e conclusão, em que todas se encadeiam para alcançar um objetivo geral)⁵⁴.

Mas o que é todo? Há inúmeras variações; por exemplo, a intenção ou intenções do autor. Diz-se “qual é o objetivo geral deste texto? ”, “Qual a pretensão que o falante, orador ou escritor tem? ”. No campo do direito, muito forte em Karl Larenz e Hans Kelsen, tem-se a “busca pelo sentido da norma”, como se o intérprete devesse “aprender” o sentido já contido na norma jurídica⁵⁵.

Não há ainda uma circularidade na tradição clássica, mas já se fala na relação de dependência de parte e todo. Assim, o entendimento de que o texto e sua estruturação depende de uma relação dinâmica entre todo e parte já foi trabalhada e tem uma raiz muito antiga, porém, só a partir do séc. XIX que esse tema deixa de ser a descrição de uma exigência de coerência no texto e no discurso (que a retórica estudaria: os melhores elementos para que o texto e o discurso pudessem estar coerentemente articulados com vistas ao propósito) e, passa então, a designar uma certa estrutura mais complexa, a saber, a estrutura da própria compreensão.

Em Droysen, por exemplo, utiliza-se a relação do todo e da parte para explicitar a estrutura da compreensão do historiador dos fenômenos, o qual também concebe a apresentação dos elementos que estão na estrutura da compreensão histórica em termos de uma dependência de todo e parte. Para Schleiermacher isso surge claramente na diferença entre compreensão e interpretação gramatical e psicológica: compreender as partes do texto depende da compreensão do todo. O que é o todo aqui? No caso da compreensão gramatical, compreender o texto e suas partes em função do gênero literário com o qual ele pertence. Para ele, é necessário compreender

⁵³ Cf. REIS, Róbson & SILVEIRA, André. *A interpretação privativa: sobre o método da hermenêutica da vida em ‘Ser e Tempo’*. Heidegger e Aristóteles. In: Fleig, Mario & Francisco, José (orgs.). São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2010.

⁵⁴ STEIN, Ermildo. *Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p 52.

⁵⁵ O tema sobre a influência do positivismo jurídico na contribuição para a compreensão do fenômeno interpretativo da norma jurídica será abordado no segundo capítulo. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006

que o autor lançou mão de certos recursos que estão ali presentes porque ele e todos esses elementos linguísticos têm um certo gênero literário no qual ele se situa⁵⁶.

Um ponto relevante sobre a compreensão psicológica em Schleiermacher é entender que o texto responde às intenções do autor. Nesse entendimento, o texto, portanto, deve ser posto no *todo* dos outros escritos que o autor já produziu. Ou seja, o conjunto da obra no qual se reflete as intenções e a vida histórica do autor⁵⁷. Desse modo, ele introduz a noção de círculo na análise da estrutura da compreensão gramatical, divinatória, psicológica e comparativa, a mútua dependência entre todo e parte pertencentes à consciência do autor.

Mesmo diante desse desenvolvimento, a linguagem ainda estava longe de assumir um lugar de destaque, pois ainda há um traço marcante da lógica metafísica. Abrindo um parêntesis sobre a ideia de uma atividade interpretativa focada basicamente na “vontade do autor”, ainda que esse tema seja melhor desenvolvido adiante, cabe aqui lembrar o dogma da completude, oriundo na tradição românica medieval que assentaram fortes raízes na teoria do direito: a “interpretação segundo a vontade do legislador”, a qual pressupõe um ordenamento jurídico completo, de respostas prontas, que exigiria do legislador a capacidade de *antever soluções para todos os conflitos*⁵⁸.

Ainda sobre esse dogma do positivismo cientificista, em que se assenta a tradição interpretativa do direito, Norberto Bobbio destaca que nos tempos modernos, o dogma da completude do ordenamento, disseminado pela escola exegética⁵⁹ traz consigo grandes codificações e teorias, as quais passam a considerar, fundamentalmente, a “vontade do legislador” na prática interpretativa como parâmetro primordial do seu desenvolvimento.

Fecha-se parêntesis. Retomando às origens do círculo hermenêutico, no caso de Schleiermacher e Droysen a estrutura da compreensão seria circular e precisaria ser feita em uma espécie de vai e vem entre todo e parte⁶⁰. Contudo, Schleiermacher entendia que isso seria

⁵⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica Crítica*: Com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem – I. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Luke (1838). Tradução de Aloísio Ruedell e Revisão de Paulo R. Schneider. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 287.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 288-9.

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵⁹ “[...] técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código” BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico* – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 83.

⁶⁰ SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica Crítica*: Com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem – I. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Luke (1838). Tradução de Aloísio Ruedell e Revisão de Paulo R. Schneider. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 234.

um processo infinito, a processualização hermenêutica implicaria em uma potenciação cada vez maior do que é o *todo* nesse exame. Importa a menção desses autores, em conjunto com outros menores pertencentes à Escola Histórica Alemã, uma vez que foram responsáveis por tentar substituir a epistemologia kantiana, ou o projeto epistemológico kantiano da razão pura. Essa questão é de relevante importância, “porque, no século 20, ela representará o cerne do famoso conflito das duas dimensões do conhecimento científico: o conflito entre as ciências positivas e as ciências históricas”.⁶¹

Adiante, com Dilthey a figura do círculo hermenêutico sofre uma transformação muito importante, pois entra em consideração o seguinte fenômeno de circularidade. O problema que ele identifica e tenta dar uma solução, é que o intérprete (não o autor) precisa fazer um movimento circular para integrar diferentes sentidos de totalidade e parte, e para que ele (intérprete) possa fazer então o movimento circular, precisaria ter uma antecipação da totalidade⁶².

O problema que surge aqui é que o intérprete está carregado de pressuposições, convicções, então está carregado de opiniões. O intérprete não chega a partir de um ponto zero, não chega desprovido, não é uma tábula rasa⁶³. Ao contrário, ele chega perante um texto com um conjunto de convicções de pressuposições que estão presentes de maneira subterrânea. Ora, o ponto nevrálgico é que esse intérprete (e a respeito de sua historicidade) já nasceu na língua portuguesa, alemã, guarani, seja qual for, mas nascer em uma língua já significa, de saída, trazer consigo toda semântica, léxico e estrutura sintática um conjunto de gêneros linguísticos, expressões literárias, significações e conceitos.

O intérprete, então, aproxima-se do texto com base e estando de posse de um conjunto de *convicções prévias*. E aqui surge um problema, porque, se um intérprete vai às partes no intuito de encontrar nessas partes do texto a ratificação de suas pressuposições, encontrar a si mesmo, ele não é capaz de ter o acesso ao todo. O fato é que começou a ser reconhecido no século XIX que o problema, ao fim e ao cabo, é o intérprete. Isto porque, nessa linha, ele sempre introduz ao texto as suas próprias convicções prévias, e, se o que ele faz com o texto é “buscar as ratificações, as confirmações de suas concepções prévias já assumidas, ele fica bloqueado

⁶¹ Como bem observa o professor gaúcho: “já não se acreditava tanto nos neokantianos, nas formas *a priori* do Eu transcendental, mas se aceitava ainda a questão do sentido e das formas *a priori* que precedem toda compreensão dos entes, dos fenômenos”. STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 52.

⁶² STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 129.

⁶³ *Ibidem*, p. 130.

para ter uma compreensão do todo”⁶⁴. Isto foi visto como um problema do subjetivismo e como um problema que condena as ciências humanas a não serem ciências jamais⁶⁵.

Essa é a dificuldade: o efeito desta constatação em Dilthey, é de que as antecipações do sujeito condenam a humanidade e as ciências humanas ao subjetivismo. Ou seja, a não ser ciência. Por isso veja-se que aqui, *o círculo adquire uma característica viciosa*⁶⁶, o círculo seria as convicções e pressuposições que o intérprete tem frente ao texto que, em princípio, são as convicções e pressuposições de um autor.

Se o intérprete somente apropria-se do texto na medida em que ratifica suas convicções, há uma circularidade, no entanto, as partes do texto estão funcionando apenas para que ele encontre suas próprias convicções prévias. Por isso o círculo passou a ser visto com vicioso, como um problema a ser atacado, caso as ciências tivessem o afã de serem respeitadas enquanto ciência.

Isso é, objetividade nas humanidades, na sociologia, antropologia, ciência política, ciência jurídica, somente seria possível se o subjetivismo introduzido pelo círculo vicioso, entre intérprete e texto fosse, de alguma forma, controlado, regulado e contido. Portanto, nesse contexto, o círculo hermenêutico passa ser visto como um problema, ao fato que o intérprete tende a enxergar a si mesmo naquilo que não é ele, naquilo que eventualmente são outras opiniões; e, fazendo isto, ele perde a possibilidade do todo, *ele sequer consegue entrar na circularidade entre parte e todo*.

Dilthey, então, é o autor que pretendeu que a hermenêutica tinha precisamente essa tarefa: a hermenêutica seria aquele conjunto de procedimentos para que as humanidades pudessem alcançar objetividade. Mas de que modo? Lidando com o subjetivismo introduzido pelo círculo hermenêutico vicioso. Nesse sentido, o círculo hermenêutico precisaria ser evitado⁶⁷. Seria necessário oferecer –e a hermenêutica ofereceria, justificaria- para o historiador, cientista, jurista, recursos que possibilitassem que a sua subjetividade não impedisse a dinâmica da compreensão do texto. Assim, “uma vez que ela se põe na busca de uma racionalidade, desta sistematicidade, então o que ela afirma é a necessidade de um método”⁶⁸.

⁶⁴ STEIN, Ernildo. *O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaio e Conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017, p. 110.

⁶⁵ Trata-se do ponto alto do positivismo que o estruturalismo francês vem colocar em xeque, movimento este capitaneado por Lévi-Strauss e Saussure no século XX.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 115-6.

⁶⁷ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, p.67-8.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 69.

Nas palavras de Stein, eis a grande agenda da Escola Histórica e toda tradição do século XIX e XX: “provar que existe de fato um conhecimento racional, metodicamente aceitável, no universo das Ciências Humanas”⁶⁹. Essa é a ideia de uma hermenêutica epistemológica, que conseguisse impor limites ao subjetivismo introduzido pelo círculo hermenêutico vicioso. É o grande projeto de Dilthey: ser capaz de oferecer esses recursos para que as humanidades passassem a ser respeitadas como ciência. Não que as humanidades utilizassem os métodos das ciências naturais, mas as formas como as ciências do espírito poderiam colocar-se no mundo da ciência, somente se elas enfrentassem o problema do subjetivismo introduzido pela circularidade hermenêutica entre intérprete e texto.

Ernilo Stein observa que a grande questão levantada nesse contexto é a do reconhecimento da existência de dois tipos de racionalidade: “uma que diz respeito às ciências do espírito (humanas) e outra referente às ciências empírico-matemáticas”, as quais produzem racionalidade com seu critério *empírico, cognitivo*, sobretudo pelos métodos de *dedução* e *indução*⁷⁰ (grifo meu). Esses critérios, fornecidos pela filosofia, referem-se diretamente à racionalidade *a priori*, transcendental⁷¹.

Sendo assim, o dogma predominante é de que só é racional aquilo que é fundamentado, contudo, no século XX, diz-se que só é racional aquilo que é justificado (ideia de justificação). Assim, pode-se afirmar que o *a priori* kantiano alocou a questão da racionalidade e do fundamento no sujeito, no entanto, fez depender esse sujeito de um aporte empírico mediante o processo de intuição. O objeto e o todo, neste caso, “não é a realidade, ele é o conjunto: intuição e entendimento do sujeito, produzindo aquilo que pode ser conhecido. As condições de possibilidade do conhecimento seriam as condições de possibilidade do próprio objeto do conhecimento”⁷².

O objetivo neste trabalho não é destrinchar amiúde os traços da racionalidade para além da ideia de fundamento, mas é de grande importância apresentar a pretensão dessa lógica e seus efeitos de maneira mais clara possível. Para esta tarefa, cabe mencionar a brilhante conexão elaborada pelo professor Stein:

⁶⁹ Ibidem, p. 71.

⁷⁰ Ibidem, p. 74.

⁷¹ Nesse sentido, Stein leciona que “[...]desde os gregos a busca dessa fundamentação foi a busca desta racionalidade. A ontologia aristotélica não é nada mais do que a “verificação” de como é possível obter necessidade, universalidade e verdade (isto é, racionalidade) para o conhecimento da Física e da Matemática”. STEIN, Ernilo. *Pensar é pensar a diferença: Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 74.

⁷² Nessa lógica, a Filosofia, em busca de atingir a racionalidade no interior de sua tradição, ao invés de pensar a racionalidade como fundamento, apenas como justificação do conhecimento científico, “Kant procurou a racionalidade como um objeto que lhe garantisse a própria racionalidade”. Ibidem, 75.

Até Kant, e ainda em Descartes, a questão da racionalidade dependia de um princípio exterior ao sujeito, princípio este que em Platão são as ideias, em Aristóteles é a substância ou as formas eternas da natureza, na Idade Média é Deus, enquanto contém em si a essência das coisas, etc. A racionalidade do conhecimento é garantida por esse princípio que a Filosofia estuda, sendo sempre um fundamento⁷³.

Pode-se interrogar, então, qual seria o problema da racionalidade (em Kant e Descartes), ou seja, por que a consciência não pode ser, ela mesma, fundamento? Stein, a partir da analítica existencial heideggeriana, responderá: “porque esta nunca pode estar totalmente separada de si mesma para se pôr como fundamento. A consciência sempre implica alguém vivo, portador dessa consciência, que é o sujeito existente, concreto, com sua historicidade, sua biografia”⁷⁴.

Veja-se que não se trata de uma ingenuidade, mas do reconhecimento desse fenômeno e, a partir dele, oferecer um procedimento metódico para inibir a presença não consciente dessas práticas. Dilthey pretendia isso: que o círculo vicioso (inerente ao sujeito) pudesse, de alguma forma ser contido, retido, que houvesse um domínio das humanidades em que ele não fosse operante.

Isso em grande medida permite compreender o impacto de *Ser e Tempo* de Heidegger, quando ele -de modo inaugural- afirma que o círculo não precisa ser entendido como círculo vicioso⁷⁵. Sobre essa tematização que trata Gadamer ao identificar um entendimento radicalmente diferente daquele que o círculo hermenêutico havia recebido até então. Aqui, é oportuno lembrar uma passagem narrada por Ernildo Stein, que, ao se despedir de Heidegger em dezembro de 1965 e comentar sobre sua tese, recebeu como resposta do filósofo alemão: “Se você quer falar do círculo hermenêutico, tem que falar com Gadamer”⁷⁶.

Pois bem, Gadamer conta a história que em Heidegger tal ponto ganha outra acepção: “O círculo não deve ser degradado à círculo vicioso, mesmo que esse seja tolerado”⁷⁷, pois

⁷³ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, p. 75.

⁷⁴ Ibidem, p. 77.

⁷⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

⁷⁶ Essa história foi contada no contexto sobre o círculo hermenêutico, onde o professor adverte que “deve-se tratar os dois autores como dois mundos e mesmo a ‘hermenêutica nos dois tem sentidos muito diferentes. [...] Sem Heidegger a Filosofia do século 20 não seria o que foi. Gadamer não chegou a esta altura. Ainda assim, no entanto, nós olharíamos o mundo da cultura e da Filosofia com muito menos força e plenitude se não houvesse Gadamer com sua hermenêutica filosófica.”STEIN, Ernildo. *O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaio e Conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017, p. 203-4.

⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 401.

degradar a círculo vicioso significa ver na estrutura circular da compreensão um problema que deve ser combatido nessa circularidade viciosa e não virtuosa. Mesmo quando ele é tolerado, ou seja, se dirigindo aqui à hermenêutica metodológica, que tolera o círculo em sentido de que não há como eliminá-lo, não se pode voltar à uma época pré-historicista, adverte Gadamer, ao pensarmos que o intérprete é uma espécie de consciência pura, transcendental. Todo intérprete é um intérprete histórico, cheio de determinações e pressuposições⁷⁸.

Retomando, enquanto em Dilthey o círculo é tolerado no sentido que não pode ser eliminado, o mesmo deve ser, de alguma forma, disciplinado de acordo com método. De encontro a essa ideia, mesmo quando ele é tolerado, coloca Gadamer (a partir de Heidegger), não se deve ver aqui um círculo vicioso “nele há uma possibilidade positiva *de* ou *para* o conhecimento mais originário”. Seria dizer que esse círculo guarda em si uma possibilidade e se essa possibilidade for devidamente desenvolvida, “ela pode gerar um conhecimento mais originário”⁷⁹.

Veja-se que essa avaliação é diferente da apresentada até então. Não é uma estrutura que impede o conhecimento científico das humanidades; ao contrário, se ele for entendido, levará a um conhecimento mais originário:

Possibilidade que evidentemente só será compreendida de modo adequado quando a interpretação compreendeu que sua tarefa *primeira, constante e última*, permanece sendo a de não receber de antemão por meio de uma feliz ideia, ou por meio de conceitos populares⁸⁰, nem a posição prévia, nem a visão prévia, nem a concepção prévia, mas em assegurado tema científico na elaboração desse *conceitos a partir das coisas mesmas*⁸¹ (grifo meu).

Com objetivo de focar na centralidade que a linguagem assume na obra heideggeriana, fixar-se-á na apresentação do que ele chama de “estrutura antecipatória da compreensão”, nesse sentido, a memorável frase “a linguagem é a morada do ser”⁸², lançada pelo filósofo alemão em

⁷⁸ Ibidem, p. 402-3.

⁷⁹ Ibidem, p. 401.

⁸⁰ Aqui “conceitos populares” seria a tradução literal par a uma expressão que merecia uma melhor versão, como conceitos comuns, conceitos que estão presentes que não em conceitos difíceis, elaborados, conceitos usuais, por exemplo: coisa, alma.

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 413.

⁸² Essa concepção foi destacada da conjuntura em que Heidegger observa que “o pensamento leva a cabo a relação entre o ser e a essência do homem. Ele não faz, nem produz essa relação. O pensamento se limita a oferecê-la ao ser como aquilo que a ele próprio foi doado pelo ser. *Esse oferecer consiste no fato de o ser vir à linguagem no pensar. A linguagem é a morada do ser. Na habitação da linguagem mora o homem*. Os pensadores e os poetas são os guardiões dessa morada. Sua vigília consiste em levar a cabo a manifestação do ser, na medida em que, por seu dizer, a levam à linguagem e nela a custodiam” (grifo meu). HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. 3ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 326.

sua carta *Sobre o Humanismo*, é um bom vetor para inaugurar o tópico, uma vez que aqui, a linguagem é indissociável do pensamento. Melhor explicando, “não podemos presumir um momento em que, ao mesmo tempo, temos consciência de algo e estamos despidos de linguagem, podendo utilizá-la como mero instrumento de ideias”⁸³, posto que, ao lançar mão do pensar, já se traz *em si* o acesso à linguagem. É propriamente com a linguagem e através dela que pensamos: ela quem abre a possibilidade de interpretar o compreendido.

A compreensão, como uma estrutura ontológica do ser humano, na tematização que Heidegger oferece, surge através da característica célebre -que nunca tinha aparecido até então – a compreensão como estrutura existencial humana, em que ela mesma tem uma forma, uma estrutura antecipatória⁸⁴. A partir daí os elementos que são antecipados na compreensão são formalmente analisados pelo autor através de três termos cunhados artificialmente e que integram a estrutura inerente a *toda e qualquer* compreensão.

Mas o que entender por estrutura de antecipações? Significa que aquele que compreende, sempre está antecipando. Se alguém vai a um texto, não apenas chega a um texto com base em pressuposições, mas está antecipando alguns elementos do sentido do texto. A compreensão tem essa dimensão “futurível”, pois o intérprete sempre antecipa algo e aquilo que ele irá compreender. Por sua vez, essa estrutura antecipatória é vista como tendo três componentes formais: *posição prévia (Vorhabe)*⁸⁵, *visão prévia (Vorsicht)*⁸⁶ e *concepção prévia (Vorbegriff)*⁸⁷.

Esses termos designam três momentos diferentes desse elemento antecipatório que toda compreensão tem. O primeiro deles, a ideia de uma *posição prévia*, um texto (por exemplo) que é compreendido, já antecipa diante de si uma certa direção. Isso é propor que a compreensão

⁸³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, 67.

⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 71-3.

⁸⁵ “Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiado por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 2111.

⁸⁶ “A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que ‘recorta’ o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa ‘visão previdente’ (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 211.

⁸⁷ “A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 212.

possui uma estrutura que antecipa o sentido. Pode-se compreender, com Stein sobre o círculo da compreensão em Heidegger, que: “somente o ser-aí pode ter ou estar privado de sentido. Portanto, pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós sempre levamos conosco o sentido que buscamos”⁸⁸.

Do que se desenvolveu até então, perceba-se: o sujeito compreende porque ele tem os conceitos prévios. Todo aquele que compreende, se encontra situado (noção de situação). Aquele que compreende não está em lugar nenhum e essa situação é o conjunto de pressupostos que condicionam a compreensão que Heidegger apresenta. Se o sujeito quiser interpretar determinado fenômeno, ou seja, elaborar a compreensão dele, é fundamental que ele esteja posto de modo previamente adequado. Esse *modo* de posição irá determinar a articulação interpretativa.

Nessa linha, pode-se interrogar, qual perspectiva o intérprete irá antecipar e que conceitos prévios terá para visá-los? Esse aspecto é comentado com cautela por Heidegger, ao alertar sobre *como encontrar a posição prévia adequada*. “Essa situação de que toda compreensão nos seus pressupostos antecipa de uma maneira tríplice do que vai ser compreendido, pode ser submetido a um exame crítico, esses pressupostos podem ser examinados”⁸⁹. Conforme Heidegger, os pressupostos sempre estão operantes, mas sobre eles pode ser feito um exame crítico, um exame reflexivo, o qual será “a primeira constante e última tarefa da interpretação”.

O decisivo não é sair do círculo, *mas nele penetrar de modo correto*. Esse círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existenciária *estrutura-do-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que *só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico, se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa* consiste em não deixar que o ter-prévio, o ver-prévio e o conceber-prévio lhe sejam dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas⁹⁰ (grifo meu).

⁸⁸ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 247.

⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 367.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 433.

Para a finalidade deste trabalho, faz-se importante focar nessa passagem sobre a devida penetração na circularidade; há algo a ser compreendido, mas se alguém compreende é porque nos seus pressupostos já antecipou, então há uma circularidade entre o que é compreendido e as pressuposições antecipatórias que se tem. É dizer que a compreensão é condicionada por uma antecipação daquilo que será compreendido: quem compreendeu, já compreendeu. Então esse é o problema: se existe uma circularidade e essa circularidade não é viciosa, passa por entendermos que, se examinarmos os pressupostos constantemente, isso permitirá algum tipo de adequação na compreensão. Ou seja, a necessária tarefa de examinar a estrutura de pressuposições sem eliminá-las.

Gadamer comentará que, nessa acepção, o círculo tem um sentido ontológico positivo e este é o ponto alto de Heidegger sobre o círculo da compreensão, nós somos convidados a ser intérpretes o tempo inteiro⁹¹. Contudo, há de se ter cuidado com as interpretações irrefletidas, ou seja, aquelas em que o sujeito deixa de realizar os exames de sua própria posição prévia, “toda interpretação correta tem que proteger-se da ocorrência arbitrária e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis de pensar, e orientar a sua vista às coisas das mesmas maneiras, pois o que importa é manter a vista atenta à coisa, através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete”⁹².

Aqui trata-se do problema da interpretação arbitrária inserta na mente do sujeito. Hábitos de pensamentos, como todo hábito, são dotados de uma certa irreflexibilidade. O sujeito em geral, afirmará o filósofo alemão, é habituado de uma forma imperceptível, sequer nota que está sempre, de saída, condicionado a pensar de uma certa maneira. Ao atentar para o mesmo “orientar sua vista para as coisas elas mesmas”, significa dizer, que *o bom intérprete, para Gadamer, é aquele que atua sobre sua situação hermenêutica*⁹³.

Quando se é vigilante em relação a isso, o que poderá aparecer para o intérprete? Aparecerá a coisa mesma. Explicando melhor, neste caso, surgirá o sentido do texto e não o sentido que os hábitos inconscientes do pensamento e as “felizes intuições”⁹⁴ conceituais oferecem. *Imperceptível* aqui, é aquilo que está operando sem que a atenção do intérprete esteja voltada para ele. Motta vai ao ponto, quando observa que não é interesse de Gadamer desenvolver uma ontologia fundamental (como Heidegger), “mas em elaborar uma

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *El Giro Hermenêutico*. Madrid: Catedra, 1998, p. 112.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 401-2.

⁹³ *Ibidem*, p. 402.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 401.

hermenêutica com propósito antirelativista”. Continua o autor ao lembrar que “Gadamer está preocupado com as condições de possibilidades de se fazerem interpretações *corretas*”⁹⁵ (grifo do autor).

Essa passagem pela hermenêutica gadameriana faz-se muito importante para compreender os pilares da teoria da interpretação dworkiniana (teoria geral da interpretação jurídica, por assim dizer, guiada pelo valor constitucional), que será apresentada adiante no contexto de uma teoria de interpretação jurídica, no entanto, seguir-se-á com o foco necessário para compreender a construção de redes de significação.

Cabe adiantar, por mais que ainda não tenha aparecido a noção de objetividade nesse contexto em particular, que Gadamer está insistindo ao interpretar Heidegger, que é possível uma diferença entre a interpretação que se faz com pressupostos, e aquelas em que esses pressupostos não são objetos de uma tematização. Desse modo, a hermenêutica gadameriana foge do racionalismo-idealista kantiano, do que deveria ser feito, mas antes, o que nos acontece além do nosso querer, “seu escopo não é o de estabelecer um método, mas o de descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado pela disputa sobre os métodos”⁹⁶.

Ou seja, atento à historicidade e à facticidade de cada sujeito, Gadamer vê na busca do sentido, um processo que precisa sempre ser conduzido, examinando o conjunto de pressuposições que está na situação hermenêutica de cada intérprete⁹⁷. *O intérprete não é o senhor do texto, o texto não é uma folha em branco onde o intérprete projeta o que ele bem entende*. Ao contrário, uma boa interpretação é quando o intérprete examina as suas inferências e com isso, deixa que o texto diga algo diferente das suas próprias pressuposições⁹⁸.

Adianta-se aqui, novamente, o nó que irá enlaçar a base de sustentação para o segundo capítulo, a partir de tudo que foi exposto até agora, pode-se perceber como a hermenêutica (requisitada neste trabalho) é incompatível com relativismos, decisionismos e discricionariedades; a crítica hermenêutica, nesse sentido, servirá como meio hábil para atacar os ativismos interpretativos no âmbito do direito. Isso, porque, compreendendo o direito como integridade⁹⁹, coloca-se uma barreira à subjetividade do juiz, uma vez que ele não se encontra (tal qual todo intérprete) diante a um objeto como se esse estivesse à sua disposição, do mesmo modo que a linguagem não é um terceiro elemento que se insere entre o sujeito e o objeto

⁹⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 238.

⁹⁶ Ibidem, p. 239.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 255.

⁹⁸ Ibidem, p.258.

⁹⁹ Tema que será melhor abordado no segundo capítulo, ao adentrar na teoria de Ronald Dworkin.

(esquema metafísico), mas ao revés, o juiz (como qualquer intérprete) também é parte do objeto a ser discutido¹⁰⁰.

Ora, não há conceitos em abstrato, conceitos não se dão “do nada” para servirem de capas de sentido aos “fatos desnudos”¹⁰¹. Então, se há expectativas¹⁰² que o intérprete já traz a partir da sua situação hermenêutica quando se depara com o texto, o que está posto no texto consiste em elaborar esse projeto, essas antecipações que operam de modo não elaborado, que obviamente tem de ser constantemente revisadas com base no que se dá, conforme se avança na penetração do sentido.

Percebe-se aqui uma dinâmica entre examinar e articular as próprias pressuposições que antecipam o sentido, o resultado que esse movimento resultou, para voltar a examiná-lo. Reforçando aqui a ideia de *compreensão como um processo*, cujo núcleo central é o exame das pressuposições, uma constante revisão do projeto prévio, até que se estabeleça a *unicidade do sentido*.

Se Heidegger adverte que “quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar” (ideia de antecipação), aqui, neste trabalho reivindicar-se-á, para o tecer de teias de significação, que o intérprete deverá, para tanto, estar atento à tradição (e sua autoridade). Nesse sentido, concordando com Streck em relação a como o intérprete do direito deve projetar-se:

“compreender os pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente à ementa) vinha sendo decidido até então, confrontando e examinando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada tempo, que surgem estabelecendo novos sentidos às coisas”¹⁰³.

Assim, a partir dos elementos do círculo hermenêutico heideggeriano-gadameriano, é possível algum tipo de ação que permitirá uma limitação do “mal-entendido”, da distorção na busca de uma rede de sentidos coerentemente integrada na tomada da decisão (interpretação jurisdicional) e com isso, as ciências humanas (como o caso do direito) poderem se apresentar como ciências, sem que tenham de estar reguladas pela ideia de objetividade das ciências

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 235.

¹⁰¹ Ibidem, p. 235.

¹⁰² Gadamer retoricamente utilizou “vida e vivência” para dar conotação que as opiniões prévias são vitais, elas vivem no intérprete, então a partir das opiniões prévias que nele vivem, o intérprete deverá examinar essas opiniões “nele vivas”, em relação a sua “legitimação, sua origem e validade”, se quiser chegar à unicidade do sentido. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 346.

¹⁰³ Ibidem, p. 236.

naturais, que é o ponto que Gadamer insiste: “O leitor chega adiante de um texto, plantado na sua situação hermenêutica”.

Ora, a sua situação hermenêutica está emaranhada pelo o que? Hábitos linguísticos inconscientes e opiniões prévias, mas o texto também tem suas opiniões, os seus conteúdos estão formados ali. Por isso, a *necessidade de proteger o texto do mal-entendido* aqui é em direção para que as opiniões do texto sejam preservadas como aquelas, e não transformadas nas opiniões do intérprete. Não é o caso que “tudo vale”, o texto não admite toda e qualquer opinião, mas sim, dentro da possibilidade significativa da pré-compreensão, pela materialidade linguística que está assujeitada por condições de produção específicas. Há limites na arbitrariedade em que o leitor poderia encontrar. Há critério, elemento que permite separar, nesse caso, as opiniões.

Até onde vai esse limite na tomada da decisão judicial? Será o que se reivindicará no próximo capítulo, quando a hermenêutica gadameriana encontra Dworkin¹⁰⁴: que há respostas corretas em Direito (*boas respostas*) hermeneuticamente adequadas diante dos limites constitucionalmente estabelecidos. Se a explanação for bem-sucedida, isso permitirá que se faça a demonstração que há pontos de contato importantes entre, propriamente, o círculo hermenêutico da compreensão (*applicatio*) e o interpretativismo dworkiniano, a fim de possibilitar uma jurisdição em rede (decisão jurídica na formação de sentidos) para o jurista porco-espinho (intérprete que unirá esses valores).

Continuando com Gadamer, aqui verifica-se um divisor de águas quando o autor alerta ao risco da busca de sentido do intérprete que não reconhece o exame das próprias opiniões, o intérprete descolado do mundo fático: “quando nós procuramos manter as próprias opiniões às cegas, atuando de uma forma tal que o leitor não percebe que elas estão operando, o leitor que deixa que suas opiniões atuem cegamente”. Veja-se a exigência de “não esquecer”¹⁰⁵ (ideia de

¹⁰⁴ Essa conexão teórica foi defendida por Francisco Motta; ver MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Ver. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *passim*.

¹⁰⁵ Sobre a concepção de memória em Gadamer, o mesmo salienta que: “reter, esquecer e voltar a lembrar pertencem à *constituição histórica do homem* e formam mesmo uma parte de sua história e de sua formação”. Desse modo, ele alerta que compreender a memória como um mero recurso “tecnológico” do indivíduo, ligado à ciência, do qual ele lança mão para alcançar situações de aprendizagem, é uma redução provocada por uma má compreensão sobre o que seja a memória. Aí a ideia de memória como parte da história e formação do sujeito. Conforme Gadamer, aquele que exercita sua memória como uma mera capacidade, por meio de técnicas e de exercícios, não atinge aquilo que lhe é mais fundamental, pois a memória exige formação (grifo meu). Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 55-6.

memória) o conjunto das opiniões prévias: “*Não colocar-se diante de um texto como se não fosse dotado de opiniões prévias, não deixar que elas operem de forma esquecida*”¹⁰⁶.

Então, ao contrário do que o ideal racionalista-cientificista (como também o positivista) defende, não trata-se de voltar-se às próprias opiniões fazendo uma espécie de trabalho de eliminação dessas, pois é justamente diante disso que ele contrapor-se-á – que seria introduzir critérios que serviriam a uma objetividade das ciências naturais-. Não se trata, para proteger o texto do mal-entendido, de eliminar as próprias opiniões prévias, como se fosse possível uma espécie de “purificação em prol do objetivismo, ascetismo opinativo, esvaziar-se”.

Veja-se, em Gadamer, não é a diferença entre o leitor/intérprete *com* pressupostos e *sem* pressupostos, ambos são dotados de pressupostos. O critério é que um (intérprete) está aberto para o encontro com as opiniões diferentes e outro está fechado, mas essa abertura não é um estado que se alcançaria *a priori*, mas é uma *tarefa*, única que permite o limite da arbitrariedade da interpretação e compreensão do diferente, do sentido que não é do próprio sujeito-juiz solipsista¹⁰⁷.

Dessa forma, se o conjunto das próprias opiniões, aquelas que pertencem ao intérprete e as outras opiniões, que estão no texto constitucional, por exemplo, para que aconteça essa abertura que o círculo hermenêutico propõe, tem-se que permitir que se estabeleça uma relação. E, além disso, estabelecer uma relação entre nós mesmos e o conjunto das nossas opiniões. Estabelecer relações entre nossas próprias opiniões e as do texto (lei) é uma condição para que se dê a abertura, a qual, para Gadamer, irá se revelar na *applicatio*. Importante salientar que ele trabalhará esse tema justamente por meio do exame da hermenêutica jurídica.

Tomando em conta que a *applicatio* gadameriana, nesse caso, observa que não há uma separação temporal entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação. Ou seja, o intérprete não lança mão, primeiramente, da compreensão de um texto para depois aplicá-lo a situações cotidianas, mas, antes a compreensão quando ocorre, já traz consigo o momento da aplicação¹⁰⁸.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 245.

¹⁰⁷ Lenio Streck apresenta o juiz solipsista como aquele intérprete que se basta através da sua própria consciência, sua própria razão: o *selbstsüchtiger*, ou *viciado em si mesmo*. Trazendo para o direito: “Em vez de a decisão ser dada de acordo com uma estrutura (na hermenêutica chamamos a isso de *a priori* compartilhado, que compreende a reconstrução da história institucional do direito, com coerência e integridade), o *decisor* prolata a sentença de acordo com o que a sua consciência”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁰⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.87.

Esse ponto é de extrema importância, pois Gadamer trata a tomada de decisão como um gênero interpretativo, isso porque, “o fato de o juiz ter de adaptar um evento do passado (lei) às necessidades do presente, ou seja: compreender e interpretar significam, para o juiz, conhecer e reconhecer o sentido vigente”¹⁰⁹. Nesse sentido, a tarefa de interpretação jurídica compõe-se em concretizar a lei ou, dito de outro modo, em aplicação ao caso concreto. Continua Gadamer ao dizer que o direito, dada a presunção de validade que lhe é inerente, conquista o status de texto, codificado ou não, de modo que a “*lei, enquanto estatuto ou constituição, necessita sempre da interpretação para a sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação prática implica interpretação*”¹¹⁰ (grifo meu).

A partir dessas linhas, estar-se-á habilitado a encontrar um limite para o “tudo vale”, ou seja, o que se apresenta como tarefa, na linguagem que Heidegger utiliza é um questionamento pautado pela *coisa*, o significado do diferente daquele que o intérprete tem. O que está no texto, fala-se em tarefa acerca de uma atividade ou algo a ser buscado, portanto, tem em sua base uma vontade, mas uma vontade nem sempre convergente com a do intérprete. Essa é a noção que Gadamer apresenta como uma consciência hermeneuticamente formada, retificada e educada.

A formação de uma consciência hermeneuticamente formada, aquela que de antemão está receptiva para a alteridade do texto e de sentido, é uma consciência receptiva. Diferente de uma inconsciência ativa, no sentido de que estaria simplesmente pondo as próprias opiniões no texto¹¹¹. Como se viu, essa receptividade não é uma estrutura *a priori*, justamente por ser um processo de formação, deve ser cultivado, alcançado e educado, uma educação para a receptividade da alteridade do sentido. “A condição para se ter essa consciência hermeneuticamente aberta não é esse esforço asséptico de eliminar, esvaziar-se de toda opinião.¹¹² - ascetismo que procura retirar todo pressuposto, que tenta negar todas opiniões prévias.

A condição é que ela tenha uma atitude às suas próprias opiniões e Gadamer, para isso, utiliza-se de uma palavra hegeliana *Haufheben*, oriunda da dialética de Hegel, que é um “negar que preserva”, então, diante das *próprias opiniões* é possível dar um passo atrás. O que não significa que seja preciso abandonar as *próprias opiniões*, mas que se descole delas, destacar-

¹⁰⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 250.

¹¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 399.

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 97.

¹¹² *Ibidem*, p. 97-98.

se delas consiste em um movimento, que para ser realizado, exige primeiramente que as reconheça.

As próprias opiniões passariam, assim, a ser algo que o sujeito possa examinar. Quando isso acontece, é como se o sujeito intérprete se elevasse, elas passam a ter ainda uma força, mas diferente quando essa força é cega¹¹³. É isso que é requerido e por essa razão a insistência: não está querendo que se elimine as opiniões do intérprete, mas sim, que este destaque-se delas, o que não significa abandoná-las, mas sim condições de exigência que para esse movimento reflexivo, em que uma distância se estabelece. Com isso, pode “acontecer a interpretação” e é condição para que surja um outro nível, abrir-se para que os sentidos diferentes do próprio sujeito, possam aparecer (*Erschlossenheit*)¹¹⁴.

Rememorando: toda compreensão tem pressupostos que já estão dados previamente, os quais conduzem a interpretação - que se pretende ser uma realidade geral. O objetivo não será encontrar a verdade, que está lá, mas sim o propósito será promover o que Gadamer chama de *fusão de horizontes*; o horizonte de significação, que conduziu a produção de um texto (que é diferente do sujeito), implicará que o sujeito possa abrir-se, permitindo o acontecer da fusão de dois horizontes diferentes (*applicatio*), concedendo, assim, que o horizonte de sentido possa ainda estar presente em sentidos diferentes se desvelem (*Unverborgenheit*) para o intérprete.

O tema sobre a fusão de horizontes, em direção ao resgate da importância da tradição e da autoridade da compreensão do objeto será melhor abordada no capítulo seguinte, contudo, para uma melhor absorção, cumpre adiantar alguns traços importantes. O exame da estrutura circular da compreensão, apresentado por Gadamer, dirá sobre a presença de antecipações de sentido, que são trazidas pelos pressupostos - que sempre se tem. Essa análise da estrutura ainda dará alguns passos a mais, mas ao final, aparecerá uma ideia mais objetiva da compreensão, que não é aquela pautada em compreender o sentido tal como está lá no texto (escola exegética).

Para alcançar isso, o interprete faz todo esse movimento educativo, reflexivo e, com isso, o sentido que está no texto, ele mesmo, aparece. Esse é o propósito: uma fusão de horizontes que diz respeito à espécie de realização de diálogos e pertinências, experiência que o próprio horizonte compreensivo (lei) pertence a outros horizontes (princípios) e o sujeito precisa

¹¹³ Ibidem, p. 130.

¹¹⁴ “A presença realiza-se em descobrindo. O modo de abertura próprio da presença distingue-se da descoberta na medida em que ela se revela para si mesma, exercendo o papel revelador. Esse modo de revelação da presença, Ser e Tempo o chamou de abertura”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 568.

reconhecer essas ligações. Ao reconhecê-las, significações de outros horizontes (adequados à Constituição) podem ser reveladas.

De modo enfático, essa exigência fundamental resume-se que o intérprete não pode ser violento nem ingênuo em relação ao texto. Esse procedimento para o intérprete é a radicalização de algo que acontece sempre que compreendemos. Denominação para as opiniões prévias que vivem no intérprete, inclinações linguísticas. Os hábitos linguísticos, inclinações ideológicas, opiniões da tradição inautêntica, quando operantes de modo clandestino, lançarão o intérprete a léguas de distância do que se pretende apresentar como uma resposta hermeneuticamente correta. Observa-se a mudança de perspectiva: trata-se de *dar autoridade para o texto, não para o intérprete*. A partir de agora, reivindica-se a tarefa de proteção do texto – e não do intérprete.

2.3 O FATOR DO POSITIVISMO – O QUE IMPEDE A ENTRADA NO CÍRCULO DE SENTIDO?

Já se sabe que a situação hermenêutica encontra-se de uma maneira sempre já posta, bem como considera a produção do sentido da compreensão como um elemento para alcançar o conhecimento.

Pois bem, nesse subcapítulo mostrar-se-á de que modo a agenda teórico-jurista contemporânea modifica-se em face à virada metodológica motivada pela influência das teses de seus protagonistas, da filosofia analítica e o positivismo lógico. Ou seja, a condição de possibilidade para entender o significado da estrutura circular da compreensão, que não é a descrição do processo de aquisição da capacidade, mas a descrição da sua própria estrutura.

Já foi dito que o intérprete, sempre está plantando numa base que antecipa a significação que ele compreende, mas isso não é a afirmação de um “inatismo”, uma vez que se deve aprender o processo de significação dos significados como um movimento de projeção articulada, educada, diligenciada. Agora, a partir do enlaçamento de nós da hermenêutica filosófica gadameriana, o segundo passo para atender a tese de respostas corretas em direito dworkiniana, é preciso esclarecer contra a qual posição teórica ela opõe-se, que aqui será designada como *fisicalista*¹¹⁵; segundo a qual, o mundo real é imbuído apenas de matéria e

¹¹⁵ Nas palavras de Michelon, “a concepção fisicalista da realidade é denunciada pelas constantes referências dos realistas ao ‘mundo físico’, às ‘propriedades físicas’, ao ‘mundo do tempo e espaço’ etc. Conceber a realidade de mundo fisicalista significa utilizar as lentes através das quais o físico julga o que é real. *Os realistas tomam emprestadas essas lentes e passam a julgar o que é real e o que não é real no ‘fenômeno’ jurídico como um físico julgaria a realidade das coisas*”. (grifo meu) MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*.

energia e os objetos apenas propriedades físicas. Como observa Macedo Júnior sobre essa posição filosófica, estaria diretamente associada à concepção absoluta de mundo, que conforme já explanado, apoia suas raízes no reconhecimento do dualismo metafísico – “realidade que se reduplica no esquema entre o objetivo (exterior) e o subjetivo (interior)”¹¹⁶.

Para essa forma moderna do pensar, cartesiano de objetividade, “descrever o mundo é descrevê-lo objetivamente, independentemente de qualquer subjetividade ou ‘da maneira como eu percebo’, sensorial ou mentalmente. O dogma fisicalista, portanto, “pressupõe que existe uma separação radical entre o subjetivo e o objetivo e também na admissão de que o paradigma da descrição do mundo é o da física”, dado que essa ciência “descreve (representa) o mundo como ele realmente é”¹¹⁷ - lembrando aqui o debate tratado anteriormente quanto à distinção entre as ciências da natureza (*hard science*) e as ciências do espírito (humanas).

Naturalmente o modelo fisicalista¹¹⁸, tido como cânon da modernidade, através do ideal de objetividade científica irradiou-se para outras áreas da compreensão, inclusive na científica do direito. Nesse contexto, como se manifestaria a concepção absoluta de mundo no campo jurídico? Bem como as precípuas matrizes do pensamento epistemológico moderno foram o racionalismo e o empirismo, como já citado anteriormente, “no campo da epistemologia, encontraremos essas duas matrizes principais; por um lado, o jusnaturalismo racionalista moderno expressará a estratégia racionalista, afirmando que a natureza humana é um dado evidente que dispensa uma prova empírica”¹¹⁹.

Ora, a teoria do direito erigida no solo dessa matriz teórica, conceberá que o direito é um objeto cognoscível por meio do exercício da boa, transparente e reta razão. Então, interpretar o mundo exterior implicaria, a partir da lente fisicalista, explicá-lo “em termos de

São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004; Acompanhando também as ideias de Thomas Nagel em “Physicalism”, segundo a definição do mesmo: “I mean by physicalism the thesis that a person, with all his psychological attributes, is nothing over and above his body, with all its physical attributes. The various theories which make this claim may be classified according to the identities which they allege between the mental and the physical. These identities may be illustrated by the standard example of a quart of water which is identical with a collection of molecules, each containing two atoms of hydrogen and one of oxygen”. NAGEL, Thomas. Physicalism. *The Philosophical Review*. Dwrham, v. 74, p. 339-356, 1965.

¹¹⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

¹¹⁷ Ibidem, p. 67-8.

¹¹⁸ Sobre a agenda do fisicalismo filosófico, cabe mencionar o trabalho apresentado por Oswaldo Porchat Pereira no capítulo “Ceticismo e mundo exterior” In PEREIRA, Oswaldo Porchat. *Vida Comum e ceticismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994. P. 121-165.

¹¹⁹ Nesse contexto, Macedo Junior demonstra que “Hugo Grócio, por exemplo, afirmará a sociabilidade humana sem se preocupar em provar empiricamente a existência desta. Rousseau, por outro lado, apresentará a sua *teoria do homem procurando descrever “as características essenciais” deste*”. (grifo meu) MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69-70.

extensão e massa e utilizar o método experimental”¹²⁰. Por isso, o emprego da metodologia e da visão de mundo fisicalista ao direito fomentou o projeto teórico de muitos positivistas.

Chegada a hora, então, de avançar no que pode ser trabalhado a partir dos limites do positivismo¹²¹ no mundo do direito, dada sua importância para a compreensão do pensamento contemporâneo, a qual se opõe diretamente à tese de uma resposta hermeneuticamente adequada aos problemas do interpretativismo jurídico. Discutir o positivismo é, na verdade, discutir paradigmas. Para além disso, é tratar de rupturas paradigmáticas. Para tal tarefa, Lenio Streck dispõe que primeiramente é preciso que se compreenda que “a principal característica do(s) positivismo(s) – a discricionariedade – está ligada umbilicalmente ao paradigma da subjetividade”¹²², isto é, ao esquema sujeito-objeto racionalista. Também ratificando essa concepção, Barzotto aclara sobre as raízes do positivismo:

A originalidade do positivismo está no seu critério de juridicidade. É este que lhe permite obter um conceito autônomo de direito. Para ressaltar essa originalidade do positivismo e do seu conceito de direito, é oportuno situá-lo face a outras duas concepções, que esquematicamente poderiam ser chamadas de ‘jusnaturalismo’ e ‘realismo’. Para o jusnaturalismo, a nota definitiva do jurídico, ou critério de juridicidade, é a justiça: ‘Não se considera lei o que não for justo’ (Sto. Tomás de Aquino). Para o realismo, o que define o direito é a sua eficácia, isto é, o comportamento efetivo presente em uma dada comunidade. [...] O positivismo não adota como critério identificador ‘aquilo que é justo’, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também ‘aquilo que é eficaz’, pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este. *Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar seu próprio critério. Esta será a ‘validade’.* Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida¹²³ (grifo meu).

¹²⁰ Ibidem, p. 69.

¹²¹ O positivismo, ou a filosofia positiva, foi desenvolvido por Augusto Comte (1798-1857), “que definia o estado positivo – à diferença do estado teológico e do estado metafísico – como o estado em que a observação deve fundamentar as proposições, que por sua vez devem corresponder a um fato, seja ele particular ou universal”. WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p.12; Luis Fernando Barzotto, assim como Scarpelli, identificam o positivismo a partir da adesão a um determinado conceito de direito, definido como “um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos”. Tal sistema é concebido como um conjunto de normas alocadas hierarquicamente, ao passo em que as normas são criadas em conformidade com as outras normas, reportando às primeiras como “inferiores” em relação às segundas, que seriam “superiores”. Daí a famosa visualização do sistema normativo baseado em uma estrutura “piramidal”.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 56.

¹²³ BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-9.

Sobre as duas vertentes que marcam os caminhos seguidos pelo positivismo metodológico do século XX (teoria positivista do direito e a teoria realista do direito), cabe mencionar Alf Ross como um exemplo paradigmático dessa forma de pensamento jurídico. “Ao objetivar, por um lado, descrever o direito como um fato do mundo, como algo que é, e por outro lado, denunciar as ilusões e as falácias metafísicas presentes nas explicações tradicionais (jusnaturalistas) do direito”¹²⁴, como por exemplo, a tese de John Austin, a qual defende que “uma lei, que realmente existe, é uma lei, mesmo que não a apreciemos ou que ela se distinga do texto pelo qual regulamos nossa aprovação e desaprovação”¹²⁵.

Em linhas bastante gerais, ao apresentar anteriormente a proposta fisicalista, que ajudou a formular a visão científicista do direito, o autor quis referir-se ao legado positivista (e à sua filosofia) no direito. É dizer que a tradição positivista, nesse formato, considera a ciência como o único tipo de conhecimento válido, visto que só admite os chamados “conhecimentos objetivos”¹²⁶. Em outras palavras, a partir da agenda filosófica positivista, ao revés da radicalização heideggeriana, as questões relativas ao conhecimento já se encontram definidas pela própria realidade das ciências, ou seja, as condições do conhecimento só podem ser entendidas sob a forma de uma investigação das teorias no interior de um modelo já consagrado pela comunidade científica.

Faz-se importante deixar claro, em relação ao movimento fisicalista e positivista do direito, que esses pretendem, de um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais que possam ser reduzidos a fatos brutos. De outro lado, aquele jurista inserido nesse paradigma, promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito “os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste’ da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos”¹²⁷. Seguindo essa linha, aquilo que não passar pelo “teste” deve ser banido.

Não cabe neste trabalho examinar exhaustivamente o modelo fisicalista jurídico e seus expoentes, contudo, a opção em destacar o pensamento de Ross (realismo escandinavo)

¹²⁴ Macedo Junior exemplifica esse debate ao contrapor a ideia de Ross à tese proposta por John Austin, ao afirmar que o direito deve ser compreendido como um fato do mundo e não como um valor. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²⁵ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*, v. 1, p. 86, apud BOBBIO, Norberto, 1995, p. 106.

¹²⁶ Nas preposições de Warat, o sentido em que toma-se o conceito de racionalidade aqui, quer dizer que: “‘cálculo’, ‘calculabilidade, sendo que os princípios de organização do conhecimento permitem calcular os fins a serem atingidos através de uma causalidade própria dos meios”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 25.

¹²⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

justifica-se por seu impacto na “ciência do direito” seja no realismo americano¹²⁸, na influência em Rudolf von Ihering¹²⁹, como também no naturalismo jurídico brasileiro¹³⁰.

Para destacar alguns pontos do legado do naturalista jurídico escandinavo, o mesmo defende que uma teoria científica do direito deve ser compreendida como um conjunto de fatos empíricos do mundo – e nada mais. Assim, o direito para Ross (e caudatários desse pensamento), deve ser estudado da mesma forma que outras ciências empíricas: “descrevendo o *ser no mundo* por meio de um método descritivo e empírico”¹³¹. Conforme Warat, nessa acepção, o real está limitado ao âmbito dos enunciados comprovados como verdadeiros por essa mesma comunidade científica, assim, “no universo dessa moldura férrea não cabem postulações morais, políticas ou sociais, visto que os vínculos do positivismo com o ‘mundo da vida’ são orquestrados pela concepção de uma *razão instrumental orientada pelas relações meio-fim*”¹³² (grifo meu).

Uma filosofia do direito desenvolvida a partir dessas lentes tem seus limites estabelecidos no interior da ciência jurídica e sua função reduz-se a uma mera análise metodológica do saber jurídico. Concordando mais uma vez com Warat, o mundo do direito prático nesse sentido, produz um saber “esquecido da sociedade, a filosofia do direito toma o conhecimento como uma mera descrição cientificista da realidade”¹³³. Nota-se que o objetivo fulcral das teorias positivistas era oferecer à tradição jurídica um objeto e um método seguro para a produção do conhecimento do direito, enquanto corpo científico. O que levou a “uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido”¹³⁴.

Retomando, enquanto o pensar hermenêutico do conhecimento preocupa-se com a intersubjetividade a partir do *Dasein* (ideia de mundanidade), o qual acredita que o objeto é tão sujeito quanto o próprio sujeito, aqui, no positivismo jurídico, o que se põe em destaque é o

¹²⁸ Cf. FICHER III, William; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas; TWINING, William.

¹²⁹ LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1, p. 349-375.

¹³⁰ Consultar “Phylosophy of law in Brazil in the Twentieth Century”, de Ronaldo Porto Macedo Junior e Carla Henriete Bevilacqua Piccolo, em PATTARO, Enrico; ROVERSI, Contrado (Eds.). *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. New York: Springer, 2013, v. 12, no prelo. Ver também, de José Reinaldo Lima Lopes, *O naturalismo jurídico no direito brasileiro*, 2012.

¹³¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

¹³² WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 13.

¹³³ Ibidem, p. 15.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 61.

problema da objetividade científica a partir de seus componentes explicativos isentos de qualquer valoração. Pois bem, assim é dado o momento de apresentar aquele que a dogmática jurídica considera o mais importante e influente filósofo do direito deste século, Hans Kelsen, visto que sua obra elabora as bases necessárias para o conhecimento da estrutura do direito positivo, em especial, *Teoria Pura do Direito*, tida como um cânon da dogmática jurídica, *Teoria Geral do Estado e Teoria geral do Direito e do Estado*¹³⁵.

Esse pensador vienense, nas palavras de Macedo Junior, “é o autor da elaboração da provavelmente mais influente e sofisticada versão do positivismo jurídico na primeira metade do século XX”, dado o comprometimento do seu pensamento aos preceitos fundamentais do positivismo metodológico, bem como a incorporação do ideal de cientificidade extraído das ciências naturais (*hard science*)¹³⁶. Um bom aceno para apresentá-lo é dizer que ele inaugurou a manifestação mais sofisticada daquilo que Warat alcunhou como “senso comum teórico dos juristas”¹³⁷. Nesse sentido, a teoria pura do direito foi designada para atender a duas necessidades basilares do discurso jurídico: uma epistemológica e outra dogmática. Seu parecer conceitual reflete tanto a elaboração de normas metodológicas adequadas à produção do saber dogmático do direito, como também o desenvolvimento das categorias gerais desse modelo de conhecimento.

É essencial destacar que a elaboração conceitual proposta por Kelsen através das lentes do positivismo implicou considerável adaptabilidade ao seu objeto – o direito –, conforme o modo de proceder kantiano, franqueando a ciência positiva como ponto inicial de todo empreendimento epistemológico. Ou seja, a teoria pura do direito consiste em tornar evidente

¹³⁵ Ver também KELSEN, Hans. *Introduction to the problem of legal theory*. Tradução de Bonnie L. Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford University Press, 1997. Original alemão de 1934.

¹³⁶ O professor ainda observa, que “Kelsen vai, assim como Austin, acolher a mesma concepção de dever jurídico como o correlato de uma sanção e a compreensão da norma jurídica como um comando, como um ato volitivo que se expressa factualmente. Logo na introdução de seu principal livro, *Teoria pura do direito*, ele afirmará a sua profissão de fé metodológica”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73-76.

¹³⁷ No contexto de crítica ao paradigma dominante no mundo do direito, construído por uma dogmática jurídica conservadora, assistemática, formalista e decisionista, Warat denunciava o que seríamos reféns do “senso comum teórico dos juristas”: “Isso porque, ao servir de instrumento para a interpretação/sistematização/aplicação do Direito, a dogmática jurídica aparecerá como um *conjunto de técnicas de ‘fazer crer’*, com as quais os juristas conseguem produzir a linguagem oficial do Direito que se entrega com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma problematização e uma reflexão mais aprofundada sobre nossa realidade sociopolítica” (grifo meu). WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 37.

as condições de cientificidade jurídico-positiva¹³⁸ pensada como uma ciência normativa do direito:

a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. *Contudo, fornece uma teoria da interpretação.* Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que *ela pretende libertar a ciência jurídica de todos elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental*¹³⁹ (grifo meu).

Ao manifestar seu projeto metodológico para elevar o direito ao patamar de ciência, Kelsen destaca com clareza o seu compromisso de apresentar a “ciência jurídica” como um objeto de investigação que se aloca no âmbito do “ser” e não do “dever ser” idealista. Nessa lógica, o cientista do direito deve descrever o *ser* do direito, isto é, o dever ser positivado. “É a positivação que confere o estatuto ontológico ao direito que permite que este seja estudado tal como uma ciência natural”¹⁴⁰.

Dessa maneira, Kelsen, subsidiado pelo princípio da pureza metodológica, pretende solidificar a base para um conhecimento do Direito que neutralize possíveis componentes políticos, haja vista que, para ele, a constituição de uma racionalidade jurídica específica, passava pela necessária distinção rigorosa entre o saber jurídico e a política. Seguindo essa lógica, tornam-se irrelevantes para a formação do *sentido normativo* aspectos como: “as funções e os efeitos sociais do conhecimento; os mecanismos de poder que funcionam vinculados ao discurso; as formas de exercício do poder que impulsionam a formação jurídica.”

¹³⁸ “Kelsen pensou que, para fazê-lo, era necessário partir de um ponto de vista exclusivamente jurídico. Para ele, uma ciência jurídica em sentido estrito, deveria proporcionar um ponto de vista exclusivamente jurídico sobre o Direito, ou seja, um ponto de vista necessariamente normativo. *Assim, postulou uma Ciência do Direito pensada como uma ciência normativa do Direito.*” WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p.49.

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

¹⁴⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

Enfim, concordando com Warat, “exclui-se a genealogia dos discursos jurídicos, ou seja, a análise histórica das condições políticas que tornaram possíveis esses discursos”¹⁴¹.

Essas observações colocam à luz a incidental influência do modelo de objetividade científica dominante. Em Kelsen, as influências do positivismo lógico dominante do século XX, no contexto do ápice do espírito científico vienense¹⁴², mantêm a distinção mentalista (cartesiana) entre “eventos interiores” e “eventos exteriores”¹⁴³ (critério fisicalista). Ora, se o direito, nesses moldes, deveria ser concebido como um objeto que seria analisado segundo “critérios” emanados de uma lógica formal rígida, então esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Eis o papel do sujeito solipsista.

Veja-se, ao fazer um vínculo com a hermenêutica epistemológica já apresentada em Dilthey, que via no círculo e na subjetividade do intérprete um problema e por isso o círculo era entendido como vicioso. Verifica-se aqui um traço comum, sobretudo porque a preocupação desse, também era oferecer uma justificativa das ciências humanas frente às ciências naturais e, a partir de aí, dar uma justificação filosófica para o tema das ciências humanas.

Viu-se até então que no caso das ciências humanas, o intérprete sempre antecipa o sentido e isso era visto como um problema, porque estes elementos prévios do intérprete eram tomados como algo que impediria a *objetiva apreensão* do sentido do texto. Dessa forma, o círculo era algo a ser lidado criticamente, pois ele era visto como o que introduziria subjetivismo e não a objetividade nas ciências humanas. O círculo precisaria ser de alguma forma contido, através de uma metodologia para que as pressuposições que estão no intérprete não distorcessem, nem deformassem ou tampouco impedissem a manifestação objetiva do sentido –se é que as ciências humanas poderiam pretender ser ciência.

Em Kelsen, por seu turno, também se fala na busca objetiva da apreensão do sentido do texto, mas propriamente no direito. Esse ponto interessa ao trabalho, uma vez que para ele, a norma funcionaria como um *esquema de interpretações* de fatos brutos ou naturais que

¹⁴¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: II A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 58.

¹⁴² “o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto desse conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 21.

¹⁴³ KELSEN, Hans, 1974, p. 19. Nos quais, conforme distingue Michelin: “os eventos exteriores são caracterizados como aqueles que ocorrem no espaço e no tempo e como aqueles que são sensorialmente perceptíveis. O fato de que Kelsen caracteriza os eventos exteriores ora como conjunto dos fatos que ocorrem no espaço e no tempo, ora como o conjunto dos fatos sensorialmente perceptíveis levar a crer que Kelsen supõe que estes conjuntos são extensionalmente coincidentes.” MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 93.

independem da própria norma. O pensador vienense considera a existência, pois, “de *atos externos*, descritos como eventos sensorialmente perceptíveis¹⁴⁴”, pela justificativa de que esses eventos, como “sistemas da natureza”, não se constituem objeto de um “conhecimento especificamente jurídico”. Então o que modifica esses fatos “num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, mas o seu sentido objetivo que está junto a esse ato, a significação que esse possui.

Sobre esse ponto, conforme observa Motta em Kelsen “o que dá a um determinado ato de conduta humana um sentido jurídico é uma *operação mental*, uma interpretação específica, uma interpretação *normativa*”¹⁴⁵. Ou melhor, utilizando aqui o vocabulário apresentado na seção anterior, que na filosofia de Kelsen percebe-se claramente a separação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (a ser conhecido), ou seja, o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-substantivo tão criticado pela filosofia-hermenêutica heideggeriana e a hermenêutica-filosófica gadameriana.

Na meditação de Lenio Streck, o positivismo jurídico atinge o seu objetivo “*quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto*, quando transforma a lei em razão autônoma” (grifo do autor); desse modo, a racionalidade teórica procurou entender o Direito em sua “autônoma objetividade”. Melhor explicando: exclui-se a facticidade das preocupações da teoria do direito¹⁴⁶ - traço evidente na obra kelseniana.

Continua o jurista gaúcho na sua crítica, ao afirmar que Kelsen estava convencido de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática; por essa razão que acabou dando pouca importância em sua *Teoria Pura do Direito* aos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do Direito, na medida em que não se poderia remover desse plano algo que pudesse ser cientificamente examinado. O resultado disso foi a célebre separação entre interpretação jurídica como *ato de vontade* frente à atividade do cientista, que seria um *ato de*

¹⁴⁴ Em Kelsen: “uma parcela da natureza determinada, como tal, pela lei da causalidade”. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 21.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans, 1974, p. 4.

¹⁴⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 241-2 (grifo do autor).

¹⁴⁶ Sobre esse tema de que não se pode fazer ciência sobre os problemas práticos da cotidianidade constitui as *Regras do Espírito*, de Descartes: “Toda ciência é um conhecimento certo e evidente; e o que duvida de muitas coisas não é mais sábio do que o que nunca pensou nelas, e ao contrário, parece-me mais ignorante que este, se de alguma delas chegou a conceber opinião falsa; portanto, é melhor não estudar nunca, do que ocupar-se de objetos de tal modo difíceis que, não podendo distinguir os verdadeiros dos falsos, nos vejamos obrigados tomar como certo o que é o duvidoso, já que neles não há tanta esperança de aumentar a instrução como o perigo de diminuí-la. *De modo que pela presente regra, rejeitamos todos os conhecimentos que apenas sejam prováveis, e declaramos que não se deve dar assentimento senão aos perfeitamente conhecidos a respeito dos quais não se pode duvidar*” (grifo meu). DESCARTES, René. *Discurso do Método: Regras para a Direção do Espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 75.

*conhecimento*¹⁴⁷. O ponto nevrálgico nesse contexto (e para este trabalho) é que o problema da busca do sentido, isto é, o problema da aplicação judicial do Direito por essas lentes, relega a interpretação (bem como a linguagem) a um plano secundário.

Como indica Bobbio, a teoria positivista aposta no desenvolvimento de uma ciência formal motivada na redução dos comportamentos sociais, que são apreendidos tão somente nos limites já estabelecidos por uma estrutura normativa previamente estipulada. Uma crença reducionista de tal porte exhibe a evidência que a ciência jurídica, assim concebida, constitui-se numa atividade social que se vale de modelos idealizados de conhecimento para sancionar um núcleo inalterável de valores abstratos¹⁴⁸.

A partir dessa constatação, percebe-se que o objeto jurídico possui uma dupla dimensão. Por um lado, sua constituição é formada por um fato bruto, um fato natural. Por outro lado, “sua significação jurídica é por uma norma que serve como um esquema de interpretação desse mesmo evento natural¹⁴⁹. Atenção para essa peculiaridade no positivismo kelseniano, pois, a formação de como o significado jurídico é produzido não é visto como mero produto de sentidos. Os atos jurídicos transportam essa qualidade na medida em que informam como eles podem ser interpretados. Dessa forma, os atos jurídicos são portadores da sua autoexplicação normativa.

Um ato, na medida em que se expresse em palavras faladas ou escritas, pode ele próprio até dizer algo sobre a sua significação jurídica. Nisto reside uma particularidade do material oferecido ao conhecimento jurídico. Uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente. Ela não faz qualquer tentativa para cientificamente explicar a si própria. *Um ato de conduta humana, porém, pode muito bem levar consigo uma autoexplicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa.* [...] Duas pessoas podem declarar que concluem um negócio jurídico. Assim, o conhecimento que se ocupa do Direito encontra já, no próprio material, uma autoexplicação jurídica que toma a dianteira sobre a explicação que ao conhecimento jurídico compete¹⁵⁰ (grifo meu).

¹⁴⁷ Nesse sentido, Streck chama atenção para as consequências da decisão judicial na modernidade: “Aqui reside o ponto fulcral, cujas consequências podem ser sentidas mesmo em “tempos pós-positivistas”: um dos fenômenos relegados a esta espécie de “segundo nível” foi exatamente o *problema da aplicação judicial do direito*. 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 interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões” (grifo do autor). STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 63-4.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87.

¹⁴⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19-20.

Constata-se, assim, que a atribuição objetiva de sentido da racionalidade jurídica positivista é onde reside o ovo da serpente, posto que o padrão de interpretação do fato é uma norma jurídica. Cabe lembrar, no entanto, que a existência da norma (a significação objetiva de um ato de vontade) é dependente da existência de outra norma que serve como padrão de interpretação de fatos do mundo exterior¹⁵¹. Para sustentar essa ideia, Kelsen procura provar que a objetividade jurídica, ou seja, aquilo que se afirma como realidade objetiva da norma, não depende da existência desta no mundo “exterior”.

Para ele, a norma é o sentido objetivo de um ato de vontade e a sua objetividade (ou existência) depende de sua *validade*. A validade, por sua vez, é o resultado da interpretação de um ato de vontade segundo outra norma válida. A validade dessa última, por seu turno, depende da validade de outro ato de vontade, cuja validade dependerá de uma terceira norma que lhe serve de esquema de interpretação, e assim por diante. Em outras palavras, *a validade de uma norma depende de outras normas que, em conjunto, constituem um sistema escalonado*. Esse sistema atribui o *pedigree* jurídico às normas¹⁵² (grifo meu).

É interessante notar, que o próprio Kelsen assume que a cadeia normativa de validade não pode ser infinita. Então, no intuito de solucionar essa problemática, ele apresenta, aquela que seria a norma fundamental, instauradora dessa cadeia. O fundamento de validade de objetividade do sistema jurídico seria a norma fundamental (*Grundnorm*)¹⁵³. Entretanto, como bem observa Michelin Junior, “a norma fundamental não é, como ele insiste em salientar em inúmeras passagens, uma norma positivada. Ela não é o sentido objetivo de um ato de vontade, mas antes é *o conteúdo de um ato de pensamento*”¹⁵⁴. Desse modo, pode-se afirmar, que a

¹⁵¹ MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 97.

¹⁵² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

¹⁵³ Nesse sentido, Kelsen apresenta sua solução interpretativa: “A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 142.

¹⁵⁴ Nas palavras de Michelin, “o ato de pensamento é explicado na teoria geral das normas como a figuração mental de um estado de coisas. A norma fundamental, seria, então a representação de um estado de coisas, qual seja o estado de coisas em que existe o dever de obedecer à primeira constituição histórica. O estado de coisas em que consiste a figuração da norma fundamental tem a peculiaridade de ser um estado de coisas hipotético, ou como afirma Kelsen em sua obra póstuma, um estado de coisas fictício. Isso significa que a configuração é de um fato que não necessariamente existe (se trata de uma hipótese) ou que necessariamente não existe”. MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 106.

objetividade do direito constitui-se, nesse sentido, em algo subjetivo, qual seja, a vontade de descrever os fenômenos naturais como fenômenos jurídicos¹⁵⁵.

Em síntese, faz esse pequeno esforço teórico para demonstrar que, tanto o realismo escandinavo (Ross) como o positivismo kelseniano anseiam, como denomina Thomas Nagel, fixar a objetividade do direito em um ponto externo, uma visão (arquimediana) “a partir de lugar nenhum”¹⁵⁶. Produto disso, embebido do pensamento realista e no positivismo de Kelsen, irá erigir um dos temas mais importantes para a agenda da teoria do direito desde a virada metodológica, que é elaborado a partir do “conceito de direito” de Herbert Hart, tendo um dos elementos centrais e distintivos do positivismo, a saber, a tese da searabilidade entre direito e moral¹⁵⁷

Para esse movimento, Motta menciona que Ronald Dworkin colocará a obra de Hart “no centro de suas preocupações por tê-la considerado, à época, a ‘mais influente versão contemporânea do positivismo’”¹⁵⁸. Justifica-se traçar a trajetória (ainda que breve) desse movimento, uma vez que a teoria de Dworkin sobre o direito enquanto conceito interpretativo, será apresentada na forma de um *ataque geral* (*general attack*) contra o positivismo jurídico, principalmente, quando o mesmo aposta na discricionariedade, haja vista que o paradigma filosófico sob o qual está edificado não consegue apresentar uma solução satisfatória para a lógica caudatária da dicotomia “razão teórica-razão prática” resultando na cisão entre compreensão e interpretação (*applicatio*).

Retomando, já que esses temas estão interconectados, o problema da compreensão hermenêutica caracteriza-se por entender que a estrutura da ciência não é unívoca, ou seja, essas pautas metodológicas de objetividade são operantes desde a revolução científica moderna nas ciências naturais e não podem ser consideradas como pautas gerais de avaliação. Nesse sentido, “qualquer esforço de descrição externa de um fenômeno, seja ele uma decisão judicial ou uma lei, sem prescrever, não escapa às teses que remontam à metafísica”. Sobre o enlaçamento entre a metafísica clássica e o positivismo jurídico, Lenio Streck adverte:

¹⁵⁵ Ibidem, 109.

¹⁵⁶ NAGEL, Thomas. *Visão a partir de lugar nenhum*. Tradução de Silvana Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁵⁷ Cf. H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, p. 593-629, 1958. Republicado em MACCORMICK, Neil. *Natural law and the separation of law ad morals*. In: GEORGE, Robert P. (Ed). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 105-133.

¹⁵⁸ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p 115.

Observe-se também que o positivismo clássico, herdeiro do nominalismo, está presente até mesmo no realismo jurídico [Ross], quando este entende que nada há antes da decisão e que uma lei é apenas uma entidade metafísica. A todo momento, os paradigmas aparecem no entremeio das teses positivistas, até mesmo – ou principalmente – na *cisão entre descrição e a prescrição. Uma vez que o positivismo pretende ser uma teoria descritiva, não dá conta do ato de decidir. Como é impossível ter o melhor dos dois mundos, para manter-se como positivista, tem de abrir mão do controle da prescrição. Resultado: uma forte dose de filosofia da consciência.*

Não se pode falar “da ciência”, deve-se falar de qual ciência e de qual estrutura; as ciências naturais ou as ciências humanas. Precisamente esse será um problema, no qual irá se atacar através da aproximação entre o interpretativismo de Dworkin à luz da hermenêutica-filosófica de Hans-Georg Gadamer. Coloca-se dessa forma, uma vez que a pretensão de usar os critérios de avaliação das ciências naturais (positivismo cientificista) nas ciências humanas, implicaria eliminar a subjetividade (que é inerente ao intérprete) em nome de uma suposta objetividade, isso a partir da “retirada” de todas as pressuposições daquele que quer interpretar.

Para pavimentar bem o caminho teórico que se está mirando traçar, é oportuno apresentar como fechamento desta primeira parte, o contraponto a partir do entendimento que toda compreensão já está posta na situação de antecipações do que vai ser compreendido – e que se trata de um fato inalienável. A partir da hermenêutica da facticidade, em que o círculo deixa de ser visto como algo negativo, como algo vicioso; dito por Heidegger em *Ser e Tempo*: “*Não trata-se de eliminar a circularidade para com isso eliminar o subjetivismo e que as ciências humanas pudessem pleitear objetividade, a questão é como estar de forma adequada no círculo*”¹⁵⁹.

A questão consiste na possibilidade do sujeito estar na relação circular de diferentes maneiras. O que Heidegger expressa dizendo que “trata-se de entrar de modo correto no círculo”, quer dizer que se pode estar de modo incorreto nessa circularidade. É aí que é possível alcançar um critério de diferenciação. A maneira correta de estar na circularidade não é uma metodologia que irá eliminar os pressupostos em prol de uma objetividade neutra, fisicalista, mas ao menos, examinar os pressupostos já inerentes ao intérprete; posto que esse não está situado em lugar nenhum, não é uma tábula rasa. Veja-se a diferença: retirar o círculo seria sucumbir a uma metodologia que permitiria ao intérprete, totalmente desprovido de pressupostos, apreender o sentido objetivo do texto.

¹⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008, p. 356.

Abrindo um parêntesis aqui, Gadamer sustenta que próprio Heidegger dá exemplo bastante conhecido na sua obra, que para formular seu projeto filosófico “Heidegger precisou voltar-se para a história da filosofia. Para autores importantes, Kant, Descartes, os escolásticos e Aristóteles”¹⁶⁰. Contudo, essas interpretações foram vistas como não sendo um trabalho de exegese filosófica. Costuma-se dizer que “Kant de Heidegger não é Kant. Que o Aristóteles de Heidegger não é Aristóteles. Ou seja, não foi um historiador que procurou fazer uma interpretação objetiva”. O ponto interessante que Gadamer observa é que Heidegger, desse modo, queria evidenciar que nesses textos filosóficos de forma não prevista, havendo um conjunto de opiniões prévias e de conceitos prévios que se estendem por toda tradição filosófica ocidental.

Continua Gadamer que “o propósito não era oferecer uma *interpretação objetiva* de Kant, Hegel, Aristóteles, mas evidenciar que nos textos destes pensadores operam, de forma subterrânea, algumas opiniões filosóficas muito fortes e consolidadas. Tão consolidadas que estão inconscientes”¹⁶¹. Ou seja, a tradição. Só que nesse caso, tradição filosófica que nem sempre será autêntica. O que Heidegger pretendeu fazer, na observação de Gadamer, foi deixar, que os textos “falassem” seu sentido literal, mas que a tradição filosófica que vigora neles, de uma forma implícita, aparecesse.

Gadamer sugere que o próprio Heidegger dê exemplo do que simboliza a *atitude hermeneuticamente formada (Verhalten)*; esse deixar que as opiniões de um texto apareçam, mesmo que essas opiniões não sejam as opiniões que os historiadores, os profissionais da filosofia, os tribunais ou mesmo o que o “senso comum teórico dos juristas” dizem o que é o direito. Essa é uma guinada muito relevante para esse trabalho, “nos textos, nos discursos, todo tipo de obra e evento que pode ser compreendido, estão presente opiniões e sentidos diferentes. [...] Lá está presente algo que tem muita força, porque os textos desses autores estão presentes em uma tradição, pertencem às tradições”¹⁶². É a tradição conceitual, compreensiva que opera nesses textos diferentes.

Naturalmente, o texto de Kant fala sobre determinados problemas, Descartes, idem, contudo, eles pertencem a uma tradição. Então, através desses problemas, o que está presente é uma tradição de conceitos, tradições de opiniões filosóficas. Abrir-se é permitir que isso apareça: a força das tradições conceituais, teóricas e assim por diante.

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 334.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

É importante dar clareza a este aspecto; o reconhecimento da autoridade de um argumento não está ligado a uma imposição arbitrária. Ao contrário, a hermenêutica é incompatível com qualquer tipo de arbitrariedade, lembrando Gadamer em seu trecho sobre a reabilitação da *autoridade* da tradição: “O reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser *inspecionado principalmente*¹⁶³.”

Este é o ponto: a importância da pré-compreensão (*Vorverständnis*), em que os pré-juízos que conformam com a pré-compreensão não poderão ser arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles são vetores no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um controle metodológico. Mas ao revés, se o intérprete faz o movimento de abrir-se para o que não são as suas próprias opiniões, mas as que estão no texto, se ele protege o texto; se permitir que o texto fale, o que ele irá falar é uma tradição.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 240.

3 JURISDIÇÃO EM REDE PARA PORCOS-ESPINHOS

Chegado o momento de fixar a devida atenção na feitura do outro nó de extrema importância para a compreensão do que esta dissertação propõe-se defender, isto é, que, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), as ideias centrais de Gadamer servem de suporte para Dworkin pensar o fenômeno jurídico como um ente (portanto, parte de um ser) que se modifica a partir de uma referência pretérita que precisa ser levada em conta e, por isto, constantemente reconstruída¹⁶⁴.

É o que Ingram também reforça: “Dworkin recorre ao filósofo alemão Hans-Georg Gadamer para explicar como um sistema jurídico evolui ao longo do tempo, Gadamer afirma que aplicar o direito a casos novos é semelhante traduzir ou interpretar um texto do passado”¹⁶⁵. Importa reafirmar esse tópico, porque ao defender-se que o *direito é uma prática interpretativa*, tal qual está sendo elaborada neste escrito, essa demanda necessita de um “*background* filosófico que afaste a discricionariedade de leituras meramente contextualistas”. É nesse contexto que se trata, pois, do (re)posicionamento da linguagem a partir do paradigma hermenêutico em um papel protagonista, para mediante esse movimento, poder se pensar o papel da jurisdição constitucional e suas questões práticas.

Até o presente momento, o esforço teórico que se procurou trabalhar foi elaborado no afã de se chegar bem até aqui. Isso, porque, para que se defenda uma teoria hermeneuticamente preocupada na construção de sentido na tomada da decisão, ou seja, na jurisdição para porco-espinho, foi necessário percorrer através da diferenciação ontológica da ciência da compreensão, para aperceber outro ramo compreensivo afetado pela viragem linguística (*linguistic turn*) - que é o ramo do direito. Ou seja, o fio condutor dos nós responsáveis por interligar a integridade da rede aqui composta, é o fio da pré-compreensão tal qual foi

¹⁶⁴ Quanto a ligação entre Gadamer-Dworkin, Lenio Streck, explica que esta “antropofagia” que o próprio elabora de ambos autores está no paradigma da Crítica Hermenêutica do Direito (o qual é fundador). Isso é dizer, por meio de seu sarcasmo que lhe é peculiar, que “é caudatário desses dois autores [Dworkin e Gadamer], além de Heidegger, é claro. Wittgenstein, naquilo que ele rejeita, nas Investigações, a linguagem privada, *locus* do solipsismo. Aliás, usar Heidegger também gera críticas, mormente de filósofos, quando dizem que Heidegger nada escreveu sobre o direito. Grande descoberta, não? Heidegger é um filósofo, assim como Descartes e Aristóteles. E o que estes escreveram sobre o direito? *Filósofos compreendem o mundo. E o mundo é mais que o direito*, pois não?”. Segue o professor gaúcho ao aclarar que a CHD “funda-se numa filiação à tradição hermenêutica continental (Heidegger-Gadamer) em diálogo com alguns aportes teóricos de Dworkin. Trata-se de uma leitura que os aproxima em determinados aspectos. Estamos falando justamente disto: uma leitura”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 188.

¹⁶⁵ INGRAM, David. *Filosofia do Direito*. Conceitos-chave em filosofia. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 54.

apresentada no capítulo anterior. A partir do conceito de *Vorverständnis* (pré-compreensão) que abre-se a condição de possibilidade e a decisão jurisdicional como um ato que expressa um compromisso de um certo agente político para com a sua comunidade – e não simplesmente um ato de vontade (Kelsen)¹⁶⁶.

Para que a jurisdição em rede para porco-espinhos faça sentido ao final, é necessário que nesta seção abordem-se alguns conceitos-chaves da literatura dworkiniana, sendo esses fundamentais para a composição sobre o que consiste à rede jurisdicional em sua integralidade. Portanto, é preciso que se movimente o passo com maior vagar, a fim de lançar luzes sobre alguns pontos que servirão de ligação ao decorrer da feitura integral da rede.

Iniciando por onde se deve iniciar, importa lembrar que o foco central está orientado em elaborar um enfrentamento de como são construídas os sentidos na tomada da decisão judicial, os riscos de uma interpretação autoritária, bem como dos problemas de uma formação de sentido unicamente a partir da consciência do intérprete (*subjectivism turn*) e das correntes de matrizes positivistas pautadas no paradigma metafísico (sujeito-objeto), que influenciam a teoria do direito até os tempos atuais. Assim, concordando com Streck

Podemos verificar que tanto Dworkin como Gadamer, cada um ao seu modo, sempre procuram controlar o subjetivismo, a subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito. *Ou seja, o problema da discricionariedade está intimamente relacionado à aversão ao ceticismo/relativismo, outra similaridade entre ambos.*

Podemos também apontar que Dworkin faz uma crítica frontal à teoria analítica do direito no que tange à separação entre o conceito abstrato de direito e suas aplicações práticas, ou seja, de sua justificação, conforme diz Andrei Marmor, um analítico da cepa, convém ressaltar! Este afastamento de algumas premissas básicas da teoria analítica abre toda uma possibilidade dialógica com uma perspectiva hermenêutica¹⁶⁷ (grifo meu).

Está com a razão Lenio. Para se fazer filosofia *do* direito é preciso reconhecer a influência da filosofia *no* direito. Nesse sentido a filosofia é um *standard* de racionalidade para a filosofia do direito. E sendo o direito um ramo das ciências do espírito, problematizar como se decide no plano jurisdicional, passa necessariamente pela discussão de como se formam os sentidos na tomada da decisão – e qual o papel da linguagem nesse contexto.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 227.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 190.

Essa é uma árdua e complexa tarefa para a teoria da decisão contemporânea. Como alerta Stein e pelo que foi exposto nas seções anteriores, “trata-se da eliminação do mito do dado: não se extrai do objeto direito uma linguagem para falar sobre ele. Nós já sempre estamos embarcados na linguagem de que emerge o objeto. A partir daí não há mais retorno ao objetivismo ingênuo que vai etiquetando as coisas”¹⁶⁸. De tudo isso, pode-se pontuar que, sem focalizar vis-à-vis o paradigma (metafísico) vigente, não se conseguirá elaborar uma adequada crítica aos problemas contemporâneos do decisionismo na decisão judicial brasileira.

Em frente. Na confluência do que foi apresentado no capítulo anterior e a reboque do paradigma hermenêutico da compreensão, o pensamento de Dworkin exibe uma forte marca: a respeito de sua *conceitografia*¹⁶⁹ própria e um *cuidado*¹⁷⁰ muito grande com a *coerência*. Assim, a *busca de uma visão de conjunto* trata-se de uma exigência fundamental para compreender a pretensão *holística* de seu argumento construído para uma teoria da decisão, a qual atinge o auge na tese da *unidade do valor*.

Em Dworkin, “o Direito passa a ser concebido como um *ramo* de uma moralidade política mais abrangente, estruturada em princípios éticos”. Se a premissa estiver correta, acredita-se que “essa reformulação ilumina a teoria jurídica dworkiniana e influencia, no que nos interessa mais proximamente, seu conceito de democracia constitucional e a sua concepção a respeito do dever judicial”¹⁷¹.

Devidamente defendida a possibilidade de intersecção entre a teoria da interpretação do direito proposta por Dworkin e os pressupostos da matriz hermenêutica¹⁷², a fim de enlaçar os

¹⁶⁸ STEIN, Ernildo. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 55.

¹⁶⁹ Embora cada conceito elaborado por Dworkin seja de considerável importância conceitual, dada a natural ausência de espaço hábil para tratá-los amiúde, importa indicar o relevante trabalho feito por Francisco Motta em sua obra *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*, especialmente por tratar em seu primeiro capítulo, uma seção especial dada justamente à conceitografia dworkiniana usada em *Justiça para Porco-Espinhos*. Assim, elucidando conceitos e concepções a respeito de valores políticos elementares, como *democracia*, *igualdade*, *justiça*, e seus impactos na formulação (original) de se estabelecerem entre si, um apoio recíproco. Cf. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

¹⁷⁰ O uso da palavra “cuidado” não foi alocado despretensiosamente. Aqui, cuidado possui um sentido hermenêutico, para o qual lança uma exigência que a sociedade, a ciência e o próprio direito devem ser vistos na linguagem e como possibilidade, a partir da *tradição* e, principalmente pelo paradigma ou ética do *cuidado* como responsabilidade. Cf. HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. 3ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.

¹⁷¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 302.

¹⁷² Importa também indicar outros autores além do professor Lenio Streck, que igualmente identificam a comunicabilidade do pensamento entre Dworkin e Gadamer; são estes como Paul Ricoeur, David Ingram, Juan Carlos Bermejo, Rodolfo Arango, José Lâmega, Ronaldo Porto Macedo Junior, Adalberto Narciso Hommerding e, especialmente, Francisco Borges Motta na obra *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*, a quem inspirou essa dissertação com sua proposta de uma teoria da decisão baseada nos conceitos e ideias centrais de Ronald Dworkin,

nós do raciocínio de que o trabalho gadameriano fornece uma maneira iluminadora de compreender a interpretação construtiva dworkiniana. O propósito agora é apresentar a obra onde Dworkin aglutinou e tonificou suas teorias jurídicas, motivo que justifica uma atenção especial sobre sua penúltima obra: *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor (Justice for Hedgehogs)*¹⁷³, em que o autor finalmente apresenta a *tese da unidade do valor*¹⁷⁴ (*unity of value thesis*), reforçando sua teoria integrativa.

Pois bem, é importante iniciar a partir do destaque do título da obra considerada maior sintetizadora de sua longa produção literária. *A Raposa e o Porco-Espinho* faz alusão à passagem de Arquíloco de Paros, do século VII a.C., que assim compôs em seu fragmento 103: “*A raposa conhece muitas coisas, mas o porco-espinho sabe uma grande coisa*”¹⁷⁵. Na sua conotação, significaria dizer que, ainda com toda astúcia, destreza e artimanha para apanhar o porco-espinho, ao fim e ao cabo, a raposa acaba sendo surpreendida pela mesma tática de sempre por parte de sua presa: o porco-espinho morfa-se em uma bola, ouriçando seus espinhos para todas as direções, impossibilitando assim, o bote de sua predadora.

A afirmação do poeta grego é retomada por Isaiah Berlin em seu texto *The Hedgehogs and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. Nesse, Berlin separa pensadores e escritores em duas categorias fundamentais: o *porco-espinho*, que vislumbra o mundo por meio de uma ideia fundante conectada a uma visão central mais ou menos coerente e articulada,

defendendo que o jusfilósofo norte-americano fornece critérios para decidir corretamente no contexto constitucional brasileiro.

¹⁷³ A publicação de *Justice for Hedgehogs* em 2011 é considerada uma obra especial, por ser considerada responsável em tonificar e reforçar todas suas teorias pretéritas, como também agrega suas teorias jurídicas, de filosofia política, filosofia moral e de teoria da interpretação no afã de *construir uma rede de temas onde cada parte é tecida a partir de e, simultaneamente, reforça as outras partes*, segundo as palavras de Dworkin para a entrevista à revista *Law School*. LIPTAK, Adam. *The Transcendent Lawyer*. New York University - *The Law School Magazine*, n. 14, New York, 2005. p. 12-23. Não obstante Dworkin ter vivido o auge de sua carreira acadêmica à época, o autor persistiu cultivando seu traço característico enquanto teórico e educador, que foi o cultivo ao debate. Isto é algo que precisa ser destacado, porque durante a feitura dessa obra, ele lançou mão de uma plataforma digital, com o intuito de disponibilizar o livre acesso, para que aqueles interessados em questionar, criticar os pontos tratados no livro, pudessem fazê-lo de forma pública, comprometendo-se assim, em “fazer o melhor para adicionar e corrigir” suas questões a partir dos questionamentos provocados pelo público. DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

¹⁷⁴ Quanto o sentido empregado à palavra “valor” no contexto da obra dworkiniana, é interessante trazer uma observação repisada por Francisco Motta, a qual foi feita inicialmente por Joseph Raz em seu próprio texto sobre o valor (Valor, Respeito e Apego): “Raz reconhece que, ao longo de seu trabalho, faz uso ‘inflacionário’ da palavra ‘valor’, afirmando que toda ‘propriedade que (necessariamente) torne boa (ou má) qualquer coisa que a possua é, pelo menos até certo ponto, uma propriedade valorativa, que representa algum valor’. Contudo – e esse é o ponto que se aplica, pensamos, ao texto de Dworkin –, pede ao leitor que não se o julgue pela adequação linguística, e sim pelo seu objetivo teórico, que vai emergindo conforme seu argumento vai se desenvolvendo”. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 28.

¹⁷⁵ “*The fox knows many things, but the hedgehogs knows one big thing*”. BERLIN, Isiah. *The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoy's view of history*. Elephant Paperbacks, Chicago, 1993, p. 5.

“como um *monista*, ou seja, como um pensador movido por referência a um único sistema”¹⁷⁶ (ex. Dante, Platão, Pascal, Hegel, Dostoevsky, Nietzsche, Proust, Ibsen).

Já para a segunda, a ceça da *raposa*, creria em multiplicidade de finalidades, geralmente sem conexão e muitas vezes contraditórias, unidas quando muito, apenas por força de eventos fortuitos, independente de um princípio moral superior; “é mostrada como um pensador *pluralista*, que entende que a diversidade do mundo, com seus fins vários e incompatíveis, não autoriza um único sistema explicativo”¹⁷⁷ (ex. Herodotus, Aristóteles, Shakespeare, Goethe, Balzac, Joyce, Montaigne). Desta forma, para Berlin:

Existe um fosso profundo entre os que, de um lado, relacionam tudo a uma grande visão central, a um sistema mais ou menos coerente e articulado, pelo qual compreendem, pensam e sentem – um princípio organizador único e universal, exclusivamente em função do qual tudo que são e dizem possui significado – e, de outro lado, aqueles que perseguem vários fins muitas vezes sem relação mútua e até mesmo contraditórios, ligados – se é que o são – apenas de *facto*, por algum motivo psicológico ou fisiológico cujo relacionamento não obedece a nenhum princípio moral ou estético¹⁷⁸ (grifo do autor).

Tendo isso em vista, os pensadores-*raposa* “tendem a dispersar-se em inúmeras personagens e temas; aqueles cujos livros são sempre diferentes não havendo uma unidade de interesse”¹⁷⁹. De outro lado, para os pensadores-*porco-espinhos*, interessa-lhes a busca por um objetivo de fundo, procurando unificar e integrar seus ideais através de um todo coerente.

Ronald Dworkin autodenomina-se um *porco-espinho*, e, a partir dessa intitulação, apregoa em defesa da sua “espécie” que: “o valor é uma grande coisa”¹⁸⁰. Ou seja, as raposas sabem um pouco de muitas coisas. Já os porco-espinhos sabem uma grande coisa. Dworkin considera-se um porco-espinho no que se refere à teoria do direito. Mas, afinal de contas, o que isso significa para a formação de sentidos na tomada da decisão judicial? Concordando com Streck, significa dizer que a questão da filosofia no direito, transcendendo a filosofia do direito, “é uma questão fundamental para uma viravolta no direito do Estado Democrático. Mostrar que

¹⁷⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 28.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷⁸ BERLIN, Isaiah. *The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoy's view of history*. Elephant Paperbacks, Chicago, 1993, p. 43.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 243.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 15.

o ponto de estofo da teoria do direito está exatamente na questão da incidência dos paradigmas filosóficos”¹⁸¹. Esse nó górdio a cortar, ou seja, a ruptura do paradigma racionalista-metafísico é, portanto, uma tarefa para porco-espinhos.

Para avançar em como Dworkin defenderá a tese da unidade do valor e em como isso se concatena com sua teoria integrativa do direito, faz-se válido relembrar o debate entre o jusfilósofo norte-americano e Berlin, que surge anteriormente, em *A Justiça de Toga*. Isso, porque, na ascensão da concepção de pluralismo de valores encabeçada por Berlin, Dworkin elabora o seguinte contorno sobre o pensamento do seu questionador, para posteriormente rebatê-lo:

O que fica claro é que os valores podem entrar em conflito. Eles podem facilmente entrar em conflito no íntimo de um único indivíduo. E disso não se conclui que alguns devam ser verdadeiros, e outros falsos. Tanto a liberdade quanto a igualdade estão entre os principais objetivos perseguidos pelos seres humanos ao longo de muitos séculos. Mas a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros. Esses choques de valor constituem a essência d que eles são e do que nós somos.

Se nos disserem que essas contradições serão resolvidas em algum mundo perfeito onde todas as coisas boas estarão, em princípio, harmonizadas entre si, devemos responder aos que nos fazem tal afirmação que os significados por eles atribuídos às palavras que, para nós, denotavam valores conflitantes, não são iguais aos nossos. Se sofreram alguma transformação, desconhecemos por completo os novos sentidos que assumiram. A noção do todo perfeito, a solução definitiva na qual todas as coisas boas coexistem, parece-me não apenas inatingível – o que constitui um truísmo –, como também conceitualmente incoerente. Entre os grandes bens, existem alguns que não podem viver juntos. Trata-se de uma verdade conceitual. Estamos condenados a escolher, e cada escolha pode significar uma perda irreparável¹⁸².

Pelo que foi dito, Dworkin fixa-se em contestar os argumentos levantados por seu debatedor. De início, ele destaca que não apenas o *ideal holístico* do porco-espinho, condenado por Berlin pode ser arriscado, como também o *pluralismo* da raposa pode ser perigoso. Ora, se podemos considerar como correta a aposta em uma suprema corte iluminista (ao revés da autonomia do direito) incumbida em dar respostas à(s) crise(s), econômica(s), institucionais, política(s), representativa(s) de um estado a partir da consciência do intérprete, não está cerrando-se os olhos e, conseqüentemente, abrindo-se alas para que o judiciário possa ultrapassar os limites da tradição democrática de direito? De fato, justificar uma postura de

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 244.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 149-50.

ativismo judicial “recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço”, não seria menos verdadeiro enunciar que “outros crimes morais têm sido justificados pela atração de ideia oposta, a que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito”, ao passo que “não se pode defender nenhuma escolha entre eles como única escolha correta e que os sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis”¹⁸³. Isto é dizer: o perigo habita em ambos os lados.

O que se extrai do raciocínio de Berlin, é que a inconciliabilidade entre valores, a questão do conflito de sentidos, defendida por ele, está suplantada em um terreno deficitário de compreensão sobre teoria política e linguagem. Para ele, sendo “as coisas como são”, o processo interpretativo não deve estipular se vai ser injusto com algum grupo, mas qual grupo tratará injustamente¹⁸⁴. Dworkin reconhece que “boa parte da munição da raposa” advém de um “pluralismo moral substantivo: a tese de que os bons princípios morais e os ideais inevitavelmente conflitam entre si”¹⁸⁵. E a partir desse modo, a tese do teórico russo ataca premissas básicas do pensamento filosófico dworkiniano.

Ou seja, para Berlin, e para aqueles caudatários de uma lógica interpretativa pautada a partir da consciência do indivíduo (a metafísica racionalista; o *subjectivism turn*), a liberdade pressupõe ausência de interferência alheia na realização de *qualquer* coisa que se pretenda fazer. Por essa ótica, realmente, “a liberdade do lobo é a morte do cordeiro”. Por certo que a liberdade, assim concebida, “entrará muitas vezes em conflito com outros compromissos – notadamente, com aqueles de caráter igualitário”¹⁸⁶.

Contudo, Dworkin reivindicando a condição monista do porco-espinho, enfrenta incidentalmente a concepção metafísica moral sobre o pluralismo de Isaiah Berlin, isso, porque através da retomada de suas posições jurídicas, políticas e morais, Dworkin unifica-as de modo a acomodá-las no interior do seu conceito de valor (*value*). Relembrando que para ele, o *valor*

¹⁸³ Ibidem, p. 150-1.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 154-5. Sobre os apontamentos entre Dworkin e Berlin, cabe mencionar o trabalho feito por Francisco Motta, a quem contrapõe os argumentos de ambos os autores lado a lado: “O destaque dado a Berlin decorre do fato de que este não é apenas um autor *pós-moderno*, que crê serem os valores meras criações sociais ou reações subjetivas. Pelo contrário: Berlin – como Dworkin – acreditava que os valores são, de fato, objetivos. O que distingue é a circunstância de, apesar disto, defender que existem conflitos insolúveis entre os valores verdadeiros. Não é que as pessoas dirijam sobre o que é verdadeiro; é que haveria um conflito intrínseco *quanto à veracidade destas questões*” (grifo do autor). MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 30.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 646.

¹⁸⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 31.

é exatamente aquela “uma só e muito importante” coisa à qual Arquíloco reportava ter o condão de unir coerentemente todas as coisas em um todo integrativo.

O ponto aqui anunciado a partir de Dworkin – e que ficará mais claro na sequência dessa dissertação - é este; que para a jurisdição em rede para porco-espinhos, subsidiada pela *tese da unidade do valor*, esse valor é o valor constitucional, o qual pode estar ligado da maneira certa no caso concreto sem sacrificar os demais valores para lançar mão de uma resposta adequada, porque não há conflito. Mas antes, há uma coexistência reciprocamente amparada tal qual uma rede sem emendas, como um todo íntegro e coerente. Aqui jaz um ponto importante, porque nesse sentido, a verdade do *valor* (na tomada da decisão) é independente da verdade nos demais domínios do conhecimento metafísico¹⁸⁷, do sujeito individualista apartado do objeto, pois o que há é a intersubjetividade de um sujeito já posto em um mundo de significações, então o objeto é tão sujeito quanto o intérprete.

Por isso, para arrematar sua resposta a Berlin, Dworkin lança mão de uma concepção “alternativa das exigências da liberdade (por exemplo, compreendida como a liberdade de fazer o que se quer *na medida em que se respeitem os direitos morais das outras pessoas*) não a levaria, necessariamente conflitar com a igualdade”. É dizer que a defesa da formação de sentido correta de liberdade, nesses termos, não é tomada como questão meramente semântica ou empírica, tão pouco a partir da consciência isolada do intérprete, mas sim, de filosofia moral e política substantiva. Em linguagem dworkiniana, “trata-se de decidir *melhor maneira de compreender o valor da liberdade(...)* a partir de uma concordância inicial abstrata com os principais valores políticos – igualdade, liberdade, democracia etc”¹⁸⁸. Nesse sentido, Motta indica que

Dworkin avalia que é muito fácil formular definições de valores políticos como liberdade, igualdade, democracia e justiça que acabem conflitando entre si. O difícil é demonstrar por quais razões nós deveríamos aceitar essas definições. Dworkin sugere que não aceitemos – pelo menos não assim, tão facilmente. E que nos engajemos na tarefa de formular concepção que unifiquem, de alguma forma, esses valores políticos importantes, preservando-os naquilo que há de bom em cada um deles. A intenção é que a liberdade, bem compreendida, não conflite com a igualdade. *Que a melhor*

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.222.

¹⁸⁸ Nas palavras de Francisco Motta sobre como Dworkin trabalha para chegar em “como os valores realmente são”: “Com esse *aprimoramento conceitual* - que nos leva a enxergar, caso a caso, a *importância especial* do valor em questão -, devemos descobrir se as ações que a concepção sugerida define como violações de liberdade são realmente nocivas ou erradas. Caso contrário – se um Estado não age mal com nenhum cidadão quando, de acordo com a definição proposta, viola sua liberdade (por exemplo, quando impede a ‘liberdade’ de uma pessoa matar a outra) -, a concepção sugerida será inadequada. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 31.

*interpretação do que seja democracia, por exemplo, seja harmônica e coerente com a melhor definição do que seja a justiça*¹⁸⁹ (grifo meu).

Veja-se, a defesa da tese da unidade do valor dworkiniana, é pautada na existência de verdades objetivas sobre os valores¹⁹⁰, por isso não se pode defender uma teoria da justiça (e conseqüentemente do direito), sem igualmente defender uma teoria da objetividade moral¹⁹¹, fato este que somente foi possível graças sua notável tese de respostas certas para questões interpretativas do direito. Por isso, a defesa da tese da objetividade fez-se necessária, primeiramente, porque Dworkin “defendia que, apesar de os princípios de moralidade política terem peso ou importância variáveis conforme o contexto de aplicação, seria possível encontrar, a partir deles, uma resposta certa para cada caso jurídico”¹⁹². Isso aliado ao fato de que identificar normas jurídicas e elaborar sentidos na atividade jurisdicional exige, necessariamente, uma atividade argumentativa guiada pela melhor interpretação do sistema jurídico e pautada por princípios morais justificadores, porque a esfera moral a qual Dworkin refere-se, “é a esfera moral dos argumentos, não dos fatos brutos”. Nesse sentido:

Se tenho razão em afirmar que não existem verdades não avaliativas, metaéticas ou de segunda ordem a respeito dos valores, não podemos crer nem que os juízos de valor são verdadeiros quando refletem certas entidades morais especiais nem que não podem ser verdadeiros porque simplesmente não existem entidades especiais que possam refletir. Os juízos de valor são verdadeiros, quando o são, não em virtude de refletirem algo, mas em razão da defesa substantiva que possa ser apresentada em favor deles. *A esfera moral é a esfera dos argumentos, não dos fatos brutos*. Nesse caso, não é implausível – muito pelo contrário – supor que nessa esfera não haja conflitos, mas somente apoio mútuo. *Ou, o que dá no mesmo, que quaisquer conflitos que nos parecem irredutíveis evidenciam não uma falta de unidade de valor ainda mais fundamental que produz esses conflitos como resultados substantivos* (grifo meu)¹⁹³.

Contudo, poder-se-ia questionar – e Dworkin sarcasticamente assim o faz, provocando seu leitor – em qual gaveta filosófica sua tese da independência do valor poderia ser colocada então? Já se afirmou que ela desempenha papel importante na tese geral do poco-espinho: “a

¹⁸⁹ Ibidem, p. 32.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 8.

¹⁹¹ Ibidem, p. 9.

¹⁹² MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 51.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 19.

de que os vários conceitos e departamentos do valor são interligados e apoiam uns aos outros” tal qual uma rede de sentidos, mas naturalmente salta a pergunta: “Tratar-se-ia de uma espécie de relativismo moral? De construtivismo ou mesmo de antirrealismo?”. Será ela uma teoria metafísica e não moral? “Ou, senão, uma teoria quietista ou minimalista que não escapa dos problemas da metafísica, mas somente os ignora?”¹⁹⁴.

Em seguida, o próprio autor rebate seu autoquestionamento, respondendo que nenhum dos rótulos citados acomodariam sua tese com exatidão, tampouco deixa de encaixar-se, “porque todos são maculados pelo pressuposto errôneo de que existem importantes questões filosóficas a respeito do valor que não podem ser respondidas por meio de juízos de valor”. E na esteira de sua resposta não-metafísica, deixa um conselho a quem estiver diante de sua obra: “Por favor, esqueça todas as gavetas enquanto estiver lendo este livro”.

Desse modo, trata-se da preocupação na construção violenta de sentidos, uma vez que, se os valores morais (leia-se aqui como constitucionais) protegidos por princípios (portanto, de acordo com a integridade do direito) não fossem objetivos, toda sua teoria ruiria e passaria ser considerada uma aparelhagem de imposição arbitrária de inclinações e escolhas subjetivas dos intérpretes jurídicos. Por isso a importância da proposição de que uma teoria da justiça é moral do início ao fim (*all the way down*), uma vez que a moralidade é um domínio independente do pensamento e que “não há um plano neutro, científico ou metafísico, que possamos finalmente galgar para decidir” sobre qualquer reivindicação moral¹⁹⁵.

Tendo isso em vista, contudo, já adiantando um tema que será trabalhado na próxima seção, aqui o direito é percebido como sendo eminentemente de caráter *argumentativo* do fenômeno jurídico. Melhor explicando: Dworkin dirá que o intérprete, a partir de sua condição,

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 19.

¹⁹⁵ Sobre esta passagem, Cláudio Ari Mello e Francisco Motta parecem captar muito bem a implantação dos conceitos morais, os quais Dworkin registra estarmos desde sempre, portando e resignificando: “Desde a infância, nós introjetamos conceitos morais (a partir do convívio com nossos pais, com o meio cultural etc.), especialmente um conceito de *fairness*; depois, vamos desenvolvendo outros, mais sofisticados, como a generosidade, a bondade, e dever de cumprir promessas, os direitos e os deveres. Na sequência, tomamos contato com conceitos políticos (*direito, democracia, liberdade etc.*). Esse conjunto de opiniões vai ficando mais detalhado nos desafios morais cotidianos da família, do comércio e da vida política. Segundo Dworkin, isso tudo nós interpretamos, ainda que irrefletidamente, tomando cada um destes conceitos à luz dos demais”. Ou seja, por isso não há que se dizer sobre um grau zero de sentido, um ponto neutro a partir do qual parte o intérprete, estar inundado de significações é uma condição inerente de todo ser, por isso “*nossos juízos morais são interpretações de conceitos mais básicos, e nós testamos essas interpretações colocando-as num quadro maior do valor para verificar tanto se elas se encaixam adequadamente como também para ver se elas estão apoiadas por aquilo que entendemos serem as melhores concepções de outros conceitos*. A moral como um todo, e não apenas a moralidade política, é um empreendimento interpretativo” (grifo meu). MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 22, n. 2, p. 723-753, 2017, p. 26.

já posta de ser compreensivo, não apenas identifica as normas jurídicas; ele discute e discorda sobre sua aplicação frente a casos particulares que o são apresentados¹⁹⁶. Dworkin funda uma espécie de *epistemologia moral*, a qual impõe ao intérprete uma posição de responsabilidade moral. A ligação entre responsabilidade e coerência na formulação de argumentos já teve aparição em *Levando os Direitos a Sério*, a partir do destaque da chamada “doutrina da responsabilidade política”, mediante a qual Dworkin declara “que as autoridades políticas devem tomar somente decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõe a tomar”¹⁹⁷. Coloca-se, como já se viu, a interpretação, bem como sua justificação argumentativa, enquanto uma questão de responsabilidade – e não um tema de demonstração fiscalista dos fatos, tampouco de análise por um sujeito alocado para fora do argumento.

De acordo com o autor, a necessidade de reivindicar uma teoria da responsabilidade passa, pois, em levar a prática argumentativo-substantiva a sério, de modo a dirigir-se à interpretação (ou entendimento) contrária: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço sua responsabilidade moral”, ou “Concordo com você, mas você não foi responsável na formulação de seu argumento. Você atirou uma moeda para o alto ou acreditou naquilo que você ouviu num programa televisivo tendencioso. Não passa de um acidente que você tenha chegado à verdade”¹⁹⁸.

A estratégia de Dworkin na formulação de uma epistemologia moral subjaz a exigência de postular ao intérprete do direito coerência e responsabilidade na formulação dos argumentos que justifiquem sua decisão¹⁹⁹. Entenda-se, os fins não justificam os meios para a teoria da responsabilidade moral, isso porque a partir dele o momento do raciocínio é tão relevante quanto o do resultado. Traçando uma associação com o círculo hermenêutico gadameriano, pode-se vincular com o que este chama de “*entrada correta*” do sujeito no círculo de construção de sentidos. Ou seja, do mesmo modo que a exigência de *responsabilidade* por parte do

¹⁹⁶ Esse tema será melhor explicado no subcapítulo posterior, contudo, para saber mais sobre os desacordos teóricos, consultar o argumento de Dworkin em *O Império do Direito* e as considerações de Jeremy Waldron, especialmente em *The Rule of Law as a Theater of Debate*.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 139.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 20. É importante frisar que não há como *demonstrar* que um argumento moral é verdadeiro ou falso; não há como elaborar sua refutação sem lançar mão de outros argumentos morais. Contudo, o que se pode – e o que a epistemologia moral exige.

¹⁹⁹ A exigência de uma postura coerente e íntegra do sujeito é uma reivindicação desde *Levando os Direitos a Sério* ao pleitear a chamada “doutrina da responsabilidade política” por meio da qual Dworkin sustenta “que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

intérprete é postulada pela teoria dworkiniana, para poder *conferir* se o raciocínio moral é bom ou mau²⁰⁰; em Gadamer tem-se que o intérprete não pode adentrar de *qualquer maneira* no círculo da compreensão, sob pena de incorrer em mal-entendidos e, desse modo, degradar o círculo à vicissitude. Ambos comungam da mesma preocupação, de como o sujeito irá se posicionar frente ao compreendido. Reformulando para este escrito, diz a respeito de como o jurista irá dizer o direito. Como adentrar nos significados jurídicos? Há uma porta, a qual serve de fronteira entre o intérprete e os significados que habitam da soleira para dentro? Há uma soleira?

O que se defende, apoiado no que foi apresentado no capítulo anterior, é que, a partir da estrutura de antecipações, ou seja, que aquele que compreende, sempre está antecipando (lembrando de Heidegger: posição prévia, visão prévia e concepção prévia)²⁰¹, há uma preocupação compartilhada para que o intérprete guie sua postura orientada pela *integridade* durante o processo de atribuição de sentido a fim de que se consiga ombrear uma *argumentação decente* no plano jurisdicional²⁰². O quadro vivido por Dworkin é o de um país com representantes institucionais (liberais e conservadores) incapazes de dialogar em prol de efetivação de direitos, onde a convergência de ideias em nome de um bem maior (que é o democrático) parece irremediável.

Embora o lugar de fala do autor seja o de uma *common law*, essa realidade replica-se nos tempos em que se respira no território brasileiro. Seu livro *Is Democracy Possible Here?* parece, de certo modo, um irônico questionamento muito pontual tanto nos meios acadêmicos, como relacionado à democracia *judicial*²⁰³. Como afirma Dworkin, dificilmente se vê um esforço genuíno para estabelecer um *common ground* derivado do respeito àqueles que são os titulares do poder constituinte: o povo.

Francisco Motta indica que a tentativa do autor é de trazer as disputas políticas concretas a um nível mais filosófico de modo a iluminá-las. “Segundo a sua argumentação, os princípios

²⁰⁰ Ratificando que esta consideração também é uma questão moral substantiva, portanto, interpretativa.

²⁰¹ Trata-se dos componentes formais antecipatórios apresentados por Heidegger: *Vorhabe, Vorsicht e Vorbegriff*.

²⁰² Cumpre-se lembrar que Dworkin é instigado pela realidade político-estadunidense, a qual o autor observa um certo declínio no campo argumentativo, “na especificidade, *liberais e conservadores* não se tratariam mais como parceiros de um autogoverno, mas como disputantes de uma guerra, sem qualquer demonstração de respeito um pelo outro”. A partir desse quadro, o jusfilósofo sugere que, para possibilitar um debate sincero, é necessário que haja um compartilhamento de premissas a respeito de princípios políticos básicos (democracia e liberdade por exemplo). MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 94.

²⁰³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

da dignidade têm substancia suficiente para fazer com que um debate político seja possível e aproveitável – não apenas nos Estados Unidos, mas em outras democracias similares ao redor do mundo”. Isso é dizer, à defesa que respeite o direito enquanto *corpus juris*; onerando o magistrado a levar a constituição, o direito e sua autonomia a sério, de modo que se estabeleça uma jurisdição a partir da coerência e da integridade do direito, faz parte de um compromisso democrático do estado de direito. Defender e trabalhar para que tal postura proporcione condições para a resposta correta é uma preocupação global, logo uma tarefa de todos estados que se pretendam democráticos - o que não se limita em um único país ou região particular, trata-se, pois, de uma tarefa de impacto jurídico contemporânea de nível global.

Particularmente, o jusfilósofo norte-americano traz a ideia de *partnership conception* (democracia em parceria), a qual incumbe ao Estado Democrático de Direito o *igual tratamento e respeito*²⁰⁴ pelas pessoas que estão sob seu domínio (e para isso conta-se com o Direito). Assim, Dworkin fortalece sua *concepção constitucional* de democracia, que é também contramajoritária, ou seja, que tem o dever de assegurar os interesses individuais e coletivos diante do governo: “a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas *condições democráticas*) de igualdade de status para todos os cidadãos”. Por isso, “não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela”²⁰⁵. Logo, respeitar a Constituição é proteger a integralidade da sua rede de direitos.

Veja-se, o direito para Dworkin é tido como uma unidade coerente, devendo o seu *ser* respeitado enquanto integridade²⁰⁶. Assim, a justificativa fundante do próprio ordenamento jurídico assenta-se para uma “personificação moralmente íntegra” em que o respeito com os limites democráticos e tradições morais da comunidade devam ser igualmente identificados pelo intérprete do direito. Para tanto, é no resguardo dos *princípios* que o jurista guiar-se-á rumo à construção do sentido das regras, isso porque, para ele, o direito constitui-se no *fórum do*

²⁰⁴ “Lembremos que a instituição de direitos contra o Estado decorre, para Dworkin, da combinação entre dois fatores: o reconhecimento da dignidade humana e o ideal da igualdade política. Assim, quem quer que alegue possuir um direito contra o Estado deve demonstrar ou que esse direito é necessário para a proteção de sua dignidade, ou então que seu reconhecimento depende a manutenção de seu *status* de merecedor de igual consideração e respeito por parte do Poder Público”. Destacando, também, a *noção de dignidade humana* incorporada por Dworkin consiste na reformulação do *princípio da humanidade* kantiano. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 84.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁰⁶ A *tese Direito como integridade* em *O Império do Direito*, consiste na propositura de que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, das decisões do passado, *ainda quando* os juízes divergem sobre o seu significado. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 164.

*princípio*²⁰⁷ como o espaço hábil para o debate político-moral acerca dos temas relevantes em uma comunidade desde que se preserve a autonomia do direito.

Aqui abre-se parêntese para tratar sobre uma preocupação relevante na obra dworkiniana: a distinção entre princípios e políticas *strictu sensu*. Ou seja, são dois tipos de padrões identificados por ele como sendo comumente utilizados por magistrados na tomada de decisão. O primeiro, a conceber a prática jurídica guiada por uma intencionalidade (ou propósito - *point*), significa dizer que a decisão judicial deve ser gerada por *princípios*²⁰⁸; o segundo – e este é um busilis para Dworkin – é a tomada de decisão a partir da política *strictu sensu*²⁰⁹ como um tipo de paradigma que estabelece um objetivo a ser alcançado, contudo, quem o define e concretiza é o juiz protagonista dessa relação. Esta última concepção estabelece uma espécie de supremacia judicial. Nas palavras de Marcelo Cattoni, seria algo como incumbir ao judiciário o papel de “tutor da política, um superpoder quase constituinte”, “guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador”²¹⁰. Já adiantando o questionamento que será respondido no subcapítulo posterior: quando se judicializa em vez de fazer políticas públicas, o que se observa é o judiciário com as rédeas do governo. Então, no cenário de supremacia judicial, onde fica a Constituição e a autonomia do direito, quando o protagonismo é estrelado pelo magistrado?

Voltando ao eixo central, viu-se que Dworkin está comprometido em combater tanto as formas de positivismo (na sua versão exegética e kelseniana), como realismo jurídico, em que ambos assumem uma postura não-cognitivista ético/moral, e, por essa razão apostam na plenipotenciabilidade da lei; já no caso do positivismo exegético, aposta-se nos precedentes ou no protagonismo da consciência do juiz. O fato é, que independentemente de cada peculiaridade desses movimentos, há neles um tronco elementar comum, que é a discricionariedade do intérprete. A contrário senso, em Dworkin o direito como um conceito interpretativo não se assenta apenas na visão de uma interpretação pela interpretação (muito menos na concepção da

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33-71.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 231.

²⁰⁹ Como a politização do direito na tomada da decisão jurisdicional e seu efeito antidemocrático e nocivo à autonomia do direito não é propriamente o objetivo deste estudo, a fim de agregar ao debate, cabe conferir as obras de VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, lenio luiz; LIMA, martonio mont'alverne barreto. *Lei das Políticas Públicas é “Estado Social a golpe de caneta? consultor jurídico (conjur)*. 10 fev. 2015. disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/leipoliticass-pubblicas-estado-social-golpe-caneta>>. acesso em: 15 dez. 2018.

²¹⁰ Este tema será melhor abordado na próxima seção. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 122.

textura aberta do texto jurídico, que Kelsen e Hart já haviam identificado). O diferencial de sua proposta está em considerar o direito como prática interpretativa, e como tal, traduz uma intencionalidade e finalidade.

Contudo, a intencionalidade mencionada não se confunde com “intenção legislativa”, “capturar o espírito da lei” e quejandos presentes como no positivismo jurídico, ao contrário, significa a indicação de um conceito de direito contemplado como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade. Seria então, o direito uma rede constituída por um enlaçamento o qual a conduz sentido algo *uno* e muito importante: o *valor* (que é *ente* de um *ser*, que é o *ser* constitucional).

Daí a não-oposição entre princípios e regras e, como alerta Streck através da diferença ontológica, uma vez que o *ser* é o *ser* do *ente* e o *ente* só é em seu *ser*, alertará que não há oposição, uma vez que o princípio é instituidor e está por detrás da regra. Logo será visto, quando a interpretação construtiva encontra o círculo hermenêutico gadameriano, que a melhor reconstrução será aquela que apresenta a melhor adequação (ou ajuste - *fit*) e oferece a melhor justificação do objeto a ser interpretado²¹¹, isto é, com um conjunto de práticas constitucionalmente compartilhadas que servem de medida ou paradigma.

Aqui se dedica a contestação elaborada por Dworkin defronte um dos elementos centrais distintivos do positivismo, a saber, o dogma da separabilidade entre direito e moral. Elaborando a conexão entre a crítica da ontologia hermenêutica sobre a objetividade metafísica, trata-se da “tese segundo a qual a definição do direito é independente do ponto de vista conceitual, de qualquer conexão com a moral”. Em Dworkin, o direito é uma prática social cuja a intencionalidade tem uma dimensão avaliativa e essencialmente argumentativa²¹² (e não meramente *autoritativa*, como é no jusnaturalismo de Joseph Raz, por exemplo).

Justifica-se que a sua concepção de direito é incompatível com a tese da separabilidade, tal como proposta pelos positivistas jurídicos, uma vez que para o jusfilósofo norte-americano, o conceito de direito não é descrito como um sistema de regras que, por vezes pode entrar em conflito com a moralidade, *mas a defesa do direito enquanto um legítimo ramo da moralidade*

²¹¹ Este ponto, o qual integra a teoria interpretativa de Dworkin será abordado no subcapítulo 3.2, onde o autor para refutar o pensamento legal positivista que trataria o direito como um jogo de xadrez (meramente criterial), oferecerá o entendimento do direito como *conceito de cortesia*. Justamente porque a *regra* que determina o conceito de *cortesia* é uma regra social, isto é, constituída intersubjetivamente, conforme visto na apresentação do paradigma hermenêutico do capítulo 2.

²¹² *Ibidem*, p. 48.

(*a branch of morality*²¹³) – fato que não significa o enfraquecimento do grau de autonomia do direito.

De modo a ilustrar seu argumento, Dworkin lança mão de uma característica que lhe era muito peculiar: o uso de metáforas para explicar temas complexos. Trata-se, pois, da metáfora para desenhar que a moralidade, na sua primeira ordem, tem a imagem estrutural de uma árvore (*tree structure*): e o direito seria um galho da moralidade política²¹⁴, sendo esta parte de um galho maior, a moralidade pessoal mais abrangente, que por sua vez, seria um galho de uma teoria ainda mais abrangente do que seja *bem viver*.

O trajeto trilhado para chegar nessa conclusão perpassa pela comparação entre duas abordagens fundamentais que influenciaram a relação entre direito e moral; positivismo legal (*legal positivism*) face ao interpretativismo dworkiniano (*Interpretativism*), uma vez que a grande questão jurídica que se coloca é: como deve-se guiar o caminho interpretativo para a formação de sentidos na tomada de decisão? Macedo Junior responderá que “para explicá-las, é necessário considerar que a intencionalidade que unifica tais práticas se reporta a uma exigência de legitimidade e justiça cujo o significado é essencialmente interpretativo”²¹⁵.

Essa intencionalidade remete à leitura que Dworkin elabora sobre a interpretação dividida em três fases: “*pré-interpretativa*”, utilizada propositalmente por ele entre aspas, uma vez que mesmo nesse momento, o intérprete sempre está antecipando sentidos. Como diz o

²¹³ Neste momento é oportuno uma sinalização de alerta quanto a relação entre Direito e Moral trabalhada por Dworkin. Francisco Motta é pontual quando pede cautela sobre este tema, pois “não é *subordinação* que trata a tese do Direito como *branch of morality*. Veja-se que toda a literatura dworkiniana é guiada por um alto grau de *autonomia* do Direito. Que o digam a *tese dos direitos* e a do *fórum do princípio* – noções que conferem ao argumento jurídico autonomia e especificidade”. ²¹³ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 40.

²¹⁴ Importa pedir cautela mais uma vez sobre a relação proposta por Dworkin de o direito ser considerado um galho da moral, porque isto não o torna (direito e moral) indiscerníveis entre si. Fundamentações judiciais não tem o condão de definir o que é justo ou injusto, isto é dizer que direito e justiça são domínios distintos. O que se está defendendo é que mesmo percebendo o direito enquanto um ramo da moral, deve-se aceitar a fulcral distinção entre o galho e o restante da árvore. DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 172.

²¹⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158. Considerado como uma de suas principais explicações acerca do interpretativismo do direito, vale relembrar a passagem do texto DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239: “Disse que uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. *Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor*. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. *O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas*. Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”.

próprio: as regras sociais não têm rótulos que as identifiquem; *interpretativa* e *pós-interpretativa*²¹⁶. E justamente nas etapas interpretativas e pós-interpretativas que Guest elabora as dimensões interpretativas do argumento jurídico, que, por seu turno, Dworkin denominou de *fit* (ajuste) e *justification* (justificação).

Desse modo, “a dimensão de ajuste, fase interpretativa, portanto, diz respeito à identificação/ao ajuste da interpretação a uma prática social compartilhada”. Teria o ajuste uma necessária correspondência à coerência do direito, como também a presença da “noção de convergência, pautada por uma dimensão de uso, o que é justamente a partir do que vai ser possível afirmar a objetividade do direito”. Cabe mencionar, contudo, que a dimensão de ajuste em Dworkin, também recebe a tradução como *adequação*, o que não se confunde com subsunção ou da dedução, exatamente porque identifica que já no ajuste está presente uma carga interpretativa – de construção de sentido para as práticas sociais compartilhadas, o que não há na dedução nem na subsunção²¹⁷.

3.1 A RAPOSA DE TOGA: PROTAGONISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não esqueço a posição, por alguns tomada, de que algumas questões constitucionais devem ser decididas pela Suprema Corte, tampouco nego que essas decisões devam ser vinculantes. [...] Ao mesmo tempo, o cidadão franco, imparcial, terá de admitir que se as políticas do Governo, que afetam toda a população, forem fixadas por decisões da Corte Suprema, [...] o povo deixará de ser seu próprio regente, tendo praticamente submetido seu governo às mãos do eminente tribunal.

Abraham Lincoln

Tendo avançado mais um passo, é chegado o momento de lançar luzes sobre esta unidade, contudo, importa de modo preliminar, por uma questão de comprometimento teórico, estabelecer alguns esclarecimentos pertinentes que, em alguma medida, inauguram este tópico. O primeiro esclarecimento é de ordem conotativa: ao trazer a figura da *raposa de toga* para esse escrito pretende-se elaborar um sincretismo a partir da analogia da obra *Justiça de Toga* com a personagem anteriormente apresentada, a *raposa* de Arquíloco. O objetivo dessa espécie de hibridização desenhada na *raposa* que traz a *toga* como vestes, é, caso tenha-se sucesso, o de

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

²¹⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 101.

inicialmente colocá-la à vista e, posteriormente posicionar-se em rota de colisão contra a mesma. Isso, porque quando se fala sobre a *raposa de toga*, tem de ter-se em mente algo similar ao que serve de epígrafe desta seção – a expressão de Lincoln para dizer dos perigos do que pode ser chamado de *supremacia judicial*, *ativismo judicial* ou de qualquer forma de *decisionismo*.

O que leva ao segundo esclarecimento, subscrevendo Dworkin, a jurisdição em rede para porco-espinhos possui como *raison d'être*²¹⁸ a defesa dos direitos fundamentais de cada indivíduo que, igualmente ao autor, são também constitutivos da democracia – destaque, o direito à igual consideração e respeito, relaciona-se intimamente com a defesa da dignidade do indivíduo frente ao estado. Trata-se de dois pontos determinantes para a construção desta dissertação: o conceito de *democracia em parceria*, para assim chegar à concepção sobre o respeito do *dever judicial*. Desse modo, seguindo Dworkin:

A dignidade é indivisível. [...] A justiça que imaginamos parte de uma proposição que parece inatacável: a de que o governo deve tratar as pessoas sujeitas ao seu domínio com igual consideração e respeito. Essa justiça não põe em risco a nossa liberdade; ela expande. Não faz uma troca entre liberdade e igualdade, nem o contrário. Não favorece um governo que interfira na economia, nem um governo que não interfira. Favorece somente um governo justo.

A dignidade é sua origem e sua meta. [...] Lembremo-nos, além disso, que o que está em jogo vai além da nossa morte. Sem a dignidade, nossa vida não passa de lampejos de duração. Se porém, conseguirmos viver bem uma boa vida, nós criamos algo mais. Escrevemos um adendo à nossa mortalidade. Nossa vida se torna um pequeno diamante em meio às areias cósmicas²¹⁹.

Claro, trata-se da correspondência com a concepção em parceria (*partnership conception*), umbilicalmente associada à noção de dignidade humana kantiana (*Kant's principle*)²²⁰, para quem “o homem –e, de uma maneira geral, todo o ser racional –existe como

²¹⁸ Razão de ser, no seu sentido de propósito, de existência.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 645-6.

²²⁰ Cumprindo lembrar da proposição da *tese da unidade do valor* anteriormente apresentada, reforçando a formulação dworkiniana, Vicente de Paulo Barretto indica que a colaboração do princípio kantiano para a construção reflexiva sobre o Estado Democrático de Direito, encontra-se no realce dedicado à correlação entre a *moral* e o *direito*, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. Conforme observa Barretto, *a Constituição tem, neste sentido, uma fonte moral*, na medida em que é originária da vontade de agentes morais autônomos e estabelece, por esta forma, limites ao arbítrio e à desigualdade social. BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41.

fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade”²²¹. Além do mais, os seres humanos enquanto tal, assim são porque a sua natureza constitui-os como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser degradado como simples *meio* (instrumento).

Perceba que o modelo constitucional (em parceria) instituído por princípios, contrasta com a visão de antimajoritária de interesse (ou puramente procedimental), pois o exercício do poder público está sujeito a algumas condições que preservam o direito da minoria, *limitando todo e qualquer arbítrio*, seja de grupos majoritários, seja de autoritarismos do estado. Eis aí a relevância da dignidade da pessoa humana como princípio irradiador do constitucionalismo contemporâneo, “já que no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade; quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”²²².

Ou seja: a própria democracia, assim compreendida, tributa pela proteção dos direitos individuais à justiça e à liberdade. Nessa visão, a igualdade política almejada pelas lentes da *partnership conception* não é apenas procedimental e aritmética, mas substancial, pois não se reduz tão somente em dividir o poder político igualmente a todos (formalismo), mas além disso, pauta-se no tratamento a todos de modo isonômico, de modo que existam sistemas constitucionais que, sem ameaçar a dignidade, estipulem limites de poder, para fortificar a tradição autêntica da comunidade enquanto comum unidade²²³. Trata-se daquela uma e única coisa muito importante: o *valor* que o porco-espinho sabe muito bem, e que permeia o organismo constitucional em seu *ser*. Um modelo de unificação de uma moralidade (que é legítima) interna do direito, formando assim, um sistema coerente em si mesmo²²⁴. Um ente compreensivo, um ente que é diretamente questionado a respeito do sentido de *ser* constitucional.

²²¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 58-66.

²²² Ibidem, p. 66.

²²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 399-400.

²²⁴ Guardada as respectivas particularidades, outro autor de grande renome da filosofia do direito é Lon Fuller, para quem o fenômeno jurídico está subordinado a uma moralidade – que é *procedimental* e interna ao direito. Ou seja, a proposta fulleriana toma o direito como um conceito funcional. Em suas literatura o autor trata das relações entre *direito e moral, limites morais para aquilo que consideramos jurídico, legitimidade da lei*, como a interpretação e decisão jurídica que satisfaçam condições mínimas de legalidade. Cf. FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

Pois bem, retomado e reconectado alguns conceitos previamente trabalhados, importa agora, de modo mais claro, assumir explicitamente a adoção pelo paradigma *substancialista* dworkiniano no que diz respeito ao papel que o direito deve exercer em democracias constitucionais. No entanto, para justificar tal filiação de teoria discursiva, faz-se necessário trazer à luz alguns pontos principais do clássico embate daquele que se apresenta como opositor, o paradigma *procedimentalista* habermasiano²²⁵.

Para Lenio Streck, tanto os caudatários da teoria *substancialista*, como os do *procedimentalismo*, compartilham ambos de um traço comum: reconhecer no Poder Judiciário (particularmente na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, “a corrente procedimentalista, sustentada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista”, a qual seria dirigida por autores como Dworkin, Tribe e o próprio professor Lenio²²⁶.

Ainda que de modo brevíssimo, pode-se apontar que o movimento procedimentalista contempla a Constituição mais como uma garantia para que o jogo político aconteça dentro da lei²²⁷. Já, para o mote substancialista, compreendem que, além do que “equilibrar e harmonizar os demais poderes”, deveria o Judiciário transvestir o papel de um intérprete que coloca em evidência a “vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem [tradição]²²⁸” (grifo e acréscimo meu).

Ajustando o foco sobre o substancialismo e a democracia constitucional brasileira (para os quais essa dissertação preocupa-se em oferecer uma jurisdição hermeneuticamente

²²⁵ Evidentemente, por questões de ordem, espaço hábil e fôlego contitudístico, não é possível trabalhar amiúde as questões que atravessam o embate entre *substancialismo versus procedimentalismo*, contudo, cabe reportar aqui o rico trabalho elaborado por Francisco Motta e Adalberto Narciso Hommerding sobre a interpretação de alguns pilares do Código de Processo Civil de 2015 a partir de Jürgen Habermas. Nesse trabalho, os autores brasileiros abordam “algumas das categorias centrais do pensamento de Habermas a respeito do Direito e de sua legitimidade, com o objetivo de contribuir para com o debate contemporâneo a respeito das exigências normativas de um processo jurisdicional democrático”. Ao fim, os autores concluem que “a visão de Habermas, segundo a qual caberia ao Direito garantir as condições de procedibilidade, o procedimento, a fim de que os destinatários de leis e provimentos sejam considerados os seus autores, ilumina a valorização dos princípios constitucionais que dizem respeito ao processo jurisdicional, como notadamente, o do contraditório”. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e Legitimidade em Jürgen Habermas: aportes para a construção de um processo jurisdicional democrático. *Quaestio Iuris*, vol. 10, n. 3, p. 1.537-1.555, Rio de Janeiro, 2017.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156-7. Muito embora Streck compreenda o substancialismo como aporte teórico mais adequado para o enfrentamento das problemáticas que atravessam a jurisdição constitucional, o próprio mantém a ressalva de que este também “acaba erodido pela contaminação do ativismo judicial”.

²²⁷ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-8.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 71.

adequada) sob o argumento que o Poder Judiciário tem a responsabilidade político-jurídica de resolver os casos submetidos a sua apreciação de maneira *correta*. Ainda que passado ao largo de esvaziar o tema, grifa-se que o paradigma substancialista valoriza a Constituição no sentido de um ente vinculante e programático, reconhecendo a autoridade na figura do Poder Judiciário para interpretá-la, concretizando suas disposições. Para além do seu papel de garantidora e guia do equilíbrio e harmonia entre os poderes, pois, “a jurisdição serve como garantidora da força normativa substancial da Constituição. E a materialidade dos direitos fundamentais constitucionalizados presta-se de guia ao processo hermenêutico-constitucional”²²⁹.

Com a inserção da democracia como elemento fulcral, por excelência, amalgamada no modelo Constitucional, as feições do Estado tomaram nova forma e ordens constitucionais exsurgiram desse período. Assim como o desígnio democrático se baseia na percepção de soberania popular como fonte última do poder político, o âmago que constitui o constitucionalismo é a limitação de poder²³⁰. Desse modo, diz-se que o constitucionalismo é essencialmente contramajoritário, evitando que ideais político-axiológicos momentâneos possam pôr em risco os direitos de minorias.

Lembre-se que além de Dworkin, Canotilho também faz coro às vozes que defendem para além de um significado de igualdade meramente formal, uma vez que o próprio constitucionalismo irradia-se por meio da igualdade material, substancial, expressa no dever de um direito justo, para tanto, devendo o Estado assegurar a isonomia, reduzindo as desigualdades fáticas (econômicas, sociais etc.)²³¹.

²²⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 70.

²³⁰ SCHALANSKI, Mariana; SITO, Santiago Artur Berger. O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*. v. 3, n. 1, 2017. ISSN: 2526-0103. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/2171/pdf>. Acesso em 18 jun. 2019.

²³¹ Complementa o prospector da ideia da Constituição dirigente (de Peter Lerche) sobre seu efeitos em uma realidade, como a do Brasil, o qual as conquistas civilizatórias passam ao largo, quando comparadas à realidade europeia que o autor estava ambientado: “Para uns, isso significa a compreensão democrática e social do Estado de Direito; para outros, isso é o caminho do novo Leviathan, da ditadura de todos sobre todos, pois uma crescente produção de leis e de financiamento colectivo aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual. A constituição dirigente da ordem social e do modelo constitucional contratual. A constituição dirigente pressupõe que aos poderes públicos – designadamente legislador e órgãos de direção política – se deve assegurar uma capacidade de acção necessária para o cumprimento do *programa constitucional* e das *imposições legiferantes*. Todavia, o direito a prestações e a efectivação da igualdade de oportunidades não atentam, segundo alguns, num problema crucial da democracia: o reconhecimento destas prestações implica uma tendência para *expectativas escalantes* e reivindicações progressivas, inevitavelmente conducentes à *sobrecarga do governo* e à *ingovernabilidade*. Estas referências descritivas justificam, segundo se crê, aquilo que se começou por se afirmar em sede de pré-compreensão: a teoria da constituição dirigente é indissociável como qualquer outra teoria, da pré-compreensão do Estado e da sociedade. Sobre estas não há que se discutir aqui”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Branços*” e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008, p. 287-95.

Atentando às linhas pretéritas que serviram de esteio até aqui, repare, pois, ao já dito: foi percorrido que o sujeito compreende porque ele tem os conceitos prévios que todo aquele que compreende, encontra-se situado (noção de situação). Que aquele que compreende não está em lugar nenhum e essa situação é o conjunto de pressupostos (ponto de partida – *Ausgang*) que condicionam a compreensão que Heidegger apresenta. Então, se o objetivo que se defende neste escrito estiver correto, subsidiado pelo organismo filosófico dworkiniano assentado em Justiça para Porco-Espinhos, essa espécie de princípios morais (internos ao direito) “transcendem os sistemas jurídicos particulares e operam como critérios últimos de legitimação-político moral de uma ordem jurídica e como fonte de direitos morais que podem ser reivindicados pelos indivíduos em processos judiciais”.

A situação hermenêutica do intérprete é a do paradigma democrático, fundado no império do Direito, por isso a preocupação em desenvolver uma teoria *da responsabilidade mora*, pois para Dworkin, a espinha dorsal da responsabilidade é a *integridade*. Esse paradigma a ser defendido encontra-se na seguinte passagem de Dworkin:

Uma comunidade política não tem nenhum poder moral de criar e impor coercitivamente (*enforce*) obrigações contra seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito; isto é, a menos que as suas decisões políticas tratem os destinos de seus membros como igualmente importantes e respeitem as suas responsabilidades individuais por suas próprias vidas. Este princípio de legitimidade é a fonte mais abstrata de direitos políticos. O governo não tem nenhuma autoridade moral de usar a coerção contra qualquer pessoa, mesmo que seja para melhorar o bem-estar ou a bondade da comunidade como um todo, a menos que respeite essas duas exigências em relação a todas as pessoas. Os princípios da dignidade, portanto, estabelecem direitos políticos muito abstratos: eles prevalecem sobre políticas coletivas do governo. Nós moldamos esta hipótese: todos os direitos políticos são derivados deste direito fundamental. *Definimos e defendemos direito particulares perguntando-nos, em muito mais detalhe, o que a igual consideração e respeito exige*²³² (grifo meu).

Pois bem, o Estado Constitucional consiste no ponto de partida – e de chegada, para quem possui relação de interdependência com a jurisdição constitucional, por isso diz-se da jurisdição em rede, pois a “norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência* (Hesse), ou seja, a situação por ela regulada pretende ser *concretizada na realidade*”. Ou seja, é uma responsabilidade política dos magistrados e tribunais, representada pelo dever (*has a duty*) de *accountability* (hermenêutica)

²³² DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 330.

de interpretar determinado fenômeno jurídico, em obediência ao artigo 93, inciso IX, da Constituição²³³.

Ou seja, é preciso que se tenha uma *atitude hermeneuticamente formada (Verhalten)* ao elaborar a sentença ou acórdão, por isso a exigência que o intérprete realoque-se de modo previamente adequado quando adentrar no círculo compreensivo. Para, então, a sentença ou o acórdão, assim constituídos, desvelarem-se como a explicitação do já compreendido (do caso concreto). Das linhas gerais apresentadas até então, a tomada de decisão não pode, em uma democracia, ser produto da vontade individual, da consciência daquele que decide juridicamente, por isso não há espaço para decisões discricionárias na democracia constitucional brasileira –como se verá. Subscrevendo Konrad Hesse, trata-se da “pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*), que não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão de diferentes formas, numa relação de interdependência”²³⁴, isso é levar a constituição a sério.

Nessa senda é que se desdobra a necessidade de pensar-se na resposta do questionamento: qual perspectiva irá o intérprete antecipar e que conceitos prévios de sentido explicitará na tomada da decisão? Como se viu, esse é o aspecto comentado com cautela por Heidegger –e devidamente prescrito aqui-, em primeiro, sobre a preocupação de *como encontrar a posição prévia adequada* para construção de rede de sentidos; em segundo, como essa postura está intimamente ligada aos desafios impostos pelo, denominado por Streck, *Constitucionalismo Contemporâneo*²³⁵.

Nesse sentido, subscrevendo Miguel Carbonell, para quem esse novo marco do direito não se restringe tão somente à proliferação dos textos constitucionais, como não se reduz à existência de uma postura jurisdicional diversa da pré-segundo pós guerra (agora focada à

²³³ Na qual proscreve: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

²³⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-5.

²³⁵ A expressão “Constitucionalismo Contemporâneo” não é empregada de forma aleatória. A sua alocação objetiva introduzir um dos pontos centrais da obra de Lenio Streck, que concentra-se na realização de dois enfrentamentos: a crítica ao(s) neoconstitucionalismo(s) e na busca pela superação do positivismo jurídico. Nesse sentido, o autor explica: “Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

concretização de direitos fundamentais)²³⁶, mas, além disso, soma-se a estes dois níveis “a necessidade de uma nova teoria da Constituição, isto é, de uma proposta teórica inovadora, que esteja adequada (atenta) às transformações ocorridas no constitucionalismo²³⁷”. Necessidade essa, que perpassa necessariamente na reflexão como o juiz-intérprete deve se alocar no círculo hermenêutico da compreensão, tarefa destinada a uma determinada prática interpretativa que deve ser compreendida no contexto de uma mudança de paradigma teórico, de uma *virada metodológica* ocorrida pela invasão da filosofia geral na teoria do direito.

Eis aí o enlaçamento da chamada “guinada hermenêutica” (*hermeneutic turn*), por meio da qual a linguagem, a partir das lentes da Filosofia Hermenêutica, deixa de ser uma terceira coisa (esquema metafísico S-O), passando a ser concebida como condição de possibilidade para a compreensão, o que implica na explicitação do (já) compreendido; ou seja, da jurisdição constitucional.

Em frente, pois.

Segundo Streck, tendo a Constituição de 1988 inaugurado o Estado Democrático e Social de Direito, houve uma mudança substancial na vida política dos brasileiros, fato este propiciado pelo acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Nas palavras do autor, esse rearranjo é sintetizado da seguinte maneira:

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direito negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário²³⁸.

Explicando melhor, o fenômeno jurídico mostra uma outra face, como bem menciona Gilberto Bercovici, “a concepção de constituição dirigente ligada à defesa da mudança da realidade *pelo* direito”²³⁹. Ou seja, esse modelo de promessas –que impõe ao Estado a incumbência de resgatar o imenso débito social- apresentou-se como um solo fértil e atrativo, o qual ensejou a transferência do foco de conflito social para o Poder Judiciário. Esse, por sua

²³⁶ CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s): ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

²³⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 65.

²³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Ainda faz sentido a constituição dirigente?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6, p.149-162. 2008, p.151.

vez, assume papel transformador do *status quo* e efetivador de uma igualdade substancial, em que a jurisdição constitucional possui o condão de salvaguardar tanto os direitos previstos constitucionalmente quanto o controle dos atos estatais.

Paradoxalmente, ainda que as atribuições jurídico-institucionais imputadas ao Estado reforçassem uma concepção de “entidade forte”, frente ao quadro de latentes transfigurações nos diversos âmbitos, torna-se perceptível o efeito de certa fragilização da esfera estatal, de modo que a sociedade apresenta-se inclusa em uma intensa litigiosidade, motivada através de demandas sociais imbuídas do desejo de efetivação de promessas que lhe foram chanceladas, como forma de resgatar o compromisso firmado pelo Estado Democrático de Direito²⁴⁰.

Perceba-se que mesmo após 1988, no caso do Brasil (e demais países da América Latina que foram acometidos por regimes ditatoriais ao final do século XX), as marcas de uma modernidade arcaica e tardia²⁴¹ não só permanecem, como subjazem os principais pilares institucionais: o primeiro reporta-se à desordem que acomete a esfera estatal contemporânea, como observa Bolzan de Moraes, trata-se do experimento de harmonizar “uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo)”²⁴². Contudo, o resultado dessa união é litigiosa, ainda mais quando o pano de fundo da relação é estampado por um presidencialismo de coalizão²⁴³; propiciando tensões entre o Executivo e Legislativo, o que irradia efeitos de seus conflitos à insatisfação popular causada pela carência de efetivação dos direitos esculpidos na Constituição. Esse atributo comportamental que a comunidade contemporânea passou a adotar, acaba desaguando no que Luiz Werneck Vianna denomina de “judicialização das relações sociais”, ilustrada na expansão invasiva com que o direito entranhou na organização da vida social²⁴⁴.

Veja que o distanciamento dessa população (descrente de concretização de direitos), produz um apelo àquele que surge como o baluarte da concretização dos direitos: o Poder Judiciário, ou nas palavras de Garapon, o judiciário chega no limite a chamar para si a tarefa e

²⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008.

²⁴¹ Essa expressão é utilizada por Lenio Streck, para designar os efeitos dos ideais do constitucionalismo no rearranjo institucional brasileiro. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 24

²⁴² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60-1.

²⁴³ Emprega-se “presidencialismo de coalizão” no sentido trabalhado por Eduardo Faria. Para mais, consultar *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*.

²⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 88-9.

função de “guardião das promessas”²⁴⁵. A constatação de uma crise democrática como possível estimulante de uma juristocracia é adubada a partir do imaginário social, em que a credibilidade para decidir questões fulcrais da sociedade é depositada no judiciário, uma vez que os cidadãos passam a transvestir uma postura conduzida ao conflito, à requisição de efetivação de direitos pela via do litígio judicial, que por sua vez passa ser palco central do cenário de soluções de grande parte das contendas jurídicas²⁴⁶.

Entre o pêndulo que baliza a *judicialização da política*²⁴⁷ e o *ativismo judicial*, tem de deixar-se clara a posição aqui defendida que a judicialização da política não é sinônimo de ativismo judicial: quanto à primeira, trata-se de uma característica contingencial das constituições democráticas, o Judiciário não possui controle sobre este elemento presente nas sociedades plurais e complexas. A judicialização da política, somado ao já exposto, deve-se ao aumento da *litigiosidade*, fato que acaba condicionando não apenas o deslocamento das atenções para o Judiciário, como também manifesta uma principal características do Constitucionalismo Contemporâneo – peculiaridade que pode ser percebida, em menor ou maior estala, em diversos países que se organizam politicamente em torno do regime democrático²⁴⁸.

²⁴⁵ Cf. GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

²⁴⁶ Para maior profundidade sobre as peculiaridades sobre o movimento constitucionalista pós 2ª Guerra Mundial, bem como seu impacto e influencia no ordenamento jurídico pátrio, consultar meu artigo SCHALANSKI, Mariana; SITO, Santiago Artur Berger. O solipsismo nas decisões judiciais produzidas no paradigma da filosofia da consciência e a exigência democrática da hermenêutica. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*. v. 3, n. 1, 2017. ISSN: 2526-0103. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/2171/pdf>. Acesso em 18 jun. 2019.

²⁴⁷ Cumpre destacar que *judicialização da política* e *ativismo judicial* não são empregados como sinônimo

²⁴⁸ Nesse sentido, conferir a interessante contribuição do professor Israelense Ran Hirschl para o debate sobre o novo modelo de constitucionalismo e seus reflexos para o que o autor chama de tendência (global) da *juristocracia*, principalmente a partir do segundo pós-guerra, sob o pretexto de efetivação de direitos sociais. Cf. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/agosto de 2009, pp. 139-175. Ainda sobre esse tema, Clarissa Tassinari elabora um compêndio do que Hirschl denomina como “sete cenários abrangentes” rearranjados a partir do movimento constitucionalista do segundo pós-guerra. “Hirschl identifica os seguintes cenários: a) a onda de ‘reconstrução’ (*‘reconstruction’ wave*) –pela qual o *‘emponderamento’* (*‘empowerment’*) do Judiciário aparece como consequência da reconstrução política no pós-Segunda Guerra Mundial, tendo como exemplos: a introdução de uma constituição revisada no Japão (1946), a nova Constituição da Itália e a implementação de sua Corte Constitucional (1948), a adoção da Lei Fundamental da Alemanha e o estabelecimento do Tribunal Constitucional Federal (1949) e o surgimento da Constituição Francesa e do Conselho Constitucional Federal (1956); b) o cenário de independência (*‘independence’ scenario*) – no qual a judicialização aparece como fruto do processo de descolonização, em especial das colônias britânicas, tendo como referência a independência da Índia (e, também de Gana, Nigéria e Quênia) e a subsequente proclamação de uma nova Constituição (com a criação de sua Suprema Corte), que incorporava os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, fato incentivado pelos britânicos como meio de controlar a política majoritária (em que pese não tenham respeitado estas garantias na condição de metrópole); c) o cenário de ‘única transição’ (*‘single transition’*) – em que ocorre a transição de um quase democrático ou autoritário regime para democracia, caso das mais recentes democracias no sul da Europa (Grécia, Portugal, Espanha) e na América Latina, que adotaram direitos fundamentais como parte da sua Constituição, bem como estabeleceram alguma forma de um ativo controle de constitucionalidade; d) o cenário de transição dual

Já para o segundo, o ativismo judicial, possui uma cepa distinta da primeira. Esse sim, frente à inércia do Legislativo e ausência do Executivo, simboliza o desejo do órgão judicante com relação à oportunidade de aperfeiçoamento da conjuntura político-social. Uma espécie de “corte iluminista”, pelo qual, através da sua chibata moral judicante, num passe de palavras mágicas: “publique-se, registre-se, cumpra-se”. Crê-se no autopoder de extrapolar os limites constitucionais estabelecidos de atuação, muitas vezes em nome, veja-se, da concretização de direitos (sic), da decisão conforme sua consciência, do combate à corrupção e demais quejandos.

Ora, se o julgador, seja ele progressista ou conservador, vir a degradar a democracia a partir dela própria, servindo de trunfo a qualquer tipo de salvacionismo, estará praticando um movimento autoritário. Porque, no fim das contas, o efeito desse movimento é sempre o mesmo: o Judiciário movendo e decidindo por razões de *convicção* e *crença* pessoal do magistrado e não em respeito à moralidade instituidora da comunidade política, está por desvirtuar a própria comunidade política. Nas palavras de Garapon: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, a de a travar²⁴⁹”(grifo meu). Eis o momento em que a raposa vê-se na incumbência de vestir sua toga, e, assim o fá-lo sob o argumento de “salvar a nação” carente da efetividade de direitos.

Por isso importa resguardar a autonomia e independência do Poder Judiciário e, igualmente, reivindicar, através de uma teoria da decisão hermenêuticamente adequada, a *construção de uma rede jurisdicional de acordo com a integridade e autonomia do direito*. Não se segue que seja legítimo, que a tomada de decisão rebaixe os parâmetros jurídicos e de princípio a um segundo plano, sob a bandeira de “se fazer justiça” – seja lá o que “se fazer justiça” signifique.

(*dual transition*) – uma transição tanto para o modelo de democracia ocidental quanto para o de uma economia de mercado (aqui se incluem os países pós-comunistas e pós-soviéticos, tendo como principal exemplo o estabelecimento da Corte Constitucional da Hungria e da Rússia); *e*) o cenário de incorporação (*incorporation*) – como incorporação dos padrões legais inter, trans ou supranacionais à lei doméstica, como é o caso da Dinamarca e da Suíça, que sofreram os influxos da Convenção Europeia de Direitos Humanos ; *f*) o estabelecimento do controle de constitucionalidade em nível supranacional, através da Corte Europeia de Justiça, da Corte Europeia de Direitos Humanos, dentre outras, além da imensa quantidade de tribunais quase judiciais; e *g*) o cenário de transição não aparente (*no apparent transition*) – caracterizado pelas reformas constitucionais que não são resultados nem das mudanças políticas, tampouco dos regimes econômicos (é o exemplo da Nova Zelândia, do México, da Suíça e do Canadá)”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴⁹ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 54.

Seguindo a pertinência do questionamento do professor Streck, se a Moral corrigir o Direito, quem corrigirá a Moral? O papel do judiciário não é o de “salvar o país”. O judiciário tem o dever de respeitar e fazer valer o *império da lei* – esse sim, é o seu papel.

3.1.1 O PROTAGONISMO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE DO PODER JUDICIÁRIO: DA CRISE DO CONHECIMENTO AO PROBLEMA (DEVER) DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

É o momento de avançar, no entanto, não olvidando que esse é um movimento de seguir avante sempre tendo em mente o já visto e o já percebido.

O foco agora, finalmente, passa a ser a decisão judicial: como produzi-la de modo hermeneuticamente adequado às exigências constitucionais. Para tanto, subsidiada pela brilhante leitura de Francisco Motta sobre a *decisão jurídica dworkiniana* no âmbito de que uma teoria *normativa*, que tenha o constitucionalismo brasileiro em mente²⁵⁰, subscreve-se a *partnership conception* dworkiniana como meio de atender às reivindicações democráticas autênticas, no que toca o direito fundamental à resposta correta e adequada à constituição.

Explicitado minimamente o ambiente que embala a atual conjuntura da jurisdição brasileira, agora se torna necessário problematizá-lo à luz do paradigma hermenêutico²⁵¹, procurando demonstrar o modo pelo qual a permanência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (ainda) se faz presente no imaginário dos juristas – fato esse, que se revela na umbilical relação da “filiação paradigmática” do sujeito solipsista ao positivismo jurídico²⁵². Nesse sentido, Streck registra o traço fulcral de onde desagua todo tipo de ativismo e aponta onde reside o germe da filosofia da consciência, com a palavra:

²⁵⁰ O próprio autor ressalta que a articulação das teses de Dworkin na dimensão de uma teoria jurídica *normativa*, que tenha o constitucionalismo brasileiro como pano de fundo “não é uma empreitada livre de riscos”, não tão só pela tradição de pensamento norte-americano “de um herdeiro da tradição do pensamento jurídico que se desenvolve nas universidades iglesas e americanas”, nem pela notável diferença entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, mas particularmente “devido à originalidade de seu pensamento com relação a temas complexos e distintos”. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 16.

²⁵¹ Tema já introduzido no segundo capítulo.

²⁵² É preciso tratar a crise jurisdicional que atravessa o direito como um problema de paradigma, Streck aponta isso muito bem: “Esse problema estrutural decorre do atrelamento da concepção de direito (ainda dominante) aos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. [...] como tenho referido à saciedade, *não seja difícil constatar a existência de fortes resquícios do paradigma essencialista*, perceptível nas súmulas vinculantes e no modo como são utilizados os verbetes ‘jurisprudenciais’, como se um conceito pudesse ‘carregar’ a substância dos fenômenos”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.55.

Com efeito, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (sic), como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência, em que o sujeito “constrói” o objeto, mediante leis gerais do “espírito”). Ora, por trás desse “vício de origem” da “metodologia do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão teórica), que não por acaso, *é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: o positivismo* (grifo do autor)²⁵³.

Cabe o registro do que foi discorrido até o momento, a Crítica Hermenêutica do Direito, marco teórico adotado para este escrito, dispõe-se a posicionar vis-à-vis frente a posturas de cariz voluntaristas-empiristas e quaisquer outras que debilitem a integridade do direito e da democracia. Por isso diz-se que o ativismo judicial é antitético aos quadros de um Estado que se pretenda Democrático de Direito, uma vez que comunga da mesma corrente filosófica que não superou a viragem linguística, isso é, ainda pautada pelo entendimento que o conhecimento se dá através do esquema metafísico do sujeito-objeto²⁵⁴.

Dito isso, insiste-se que discutir a crise do conhecimento é problematizar o positivismo jurídico como modo de se pensar o direito, e problematizar o positivismo, o que por sua vez, é discutir paradigmas. Mais do que isso, “é preciso entender que a principal característica do(s) positivismo(s) – a discricionariedade – está ligada umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, ou seja, ao esquema sujeito-objeto de qualquer relação cognitiva”²⁵⁵. Como já explicitado na seção anterior, trata-se do embate capitaneado por Heidegger sobre o necessário rompimento dos paradigmas filosóficos e a superação da filosofia da consciência (*subjektivism turn*) pelo giro ontológico-linguístico (*ontologic turn*).

É preciso entender que o positivismo, como modo de pensar o direito, implica em fortalecer este *princípio epocal*²⁵⁶ que atravessa a metafísica moderna, que diga-se, é inautêntico aos tempos contemporâneos. Desse modo, quando se fala sobre o necessário rompimento com o subjetivismo positivista, quer-se também superar o sujeito forjado nesse

²⁵³ Ibidem, p. 55.

²⁵⁴ Devidamente problematizado no segundo capítulo.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 56.

²⁵⁶ O emprego de “princípio epocal” reporta-se ao termo criado por Erlindo Stein, ao referir que os diferentes períodos históricos são regidos pelo predomínio de certas posturas filosóficas. De acordo com ele: “Quando se fala em princípio epocal se quer dizer, e isto para Heidegger é muito importante, que cada época da história da metafísica é caracterizada por um princípio objetificador que marca todos os fenômenos da época. Esta é a bela ideia exposta no início do artigo de Heidegger: *O tempo da imagem do mundo*, em que ele diz que todas as marcas da cultura provêm de um elemento metafísico que determina a História, a Ética, a Política, a Antropologia, a Psicologia.” STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre desconstrução*, 2008, p.74.

paradigma, que é o sujeito *Selbstüchtiger* (solipsista, egoísta, que se basta, encapsulado em si mesmo), o qual deita suas raízes a partir do *cogito ergo sum* cartesiano, atravessando as mônadas de Leibniz (*μονάδες*), transpondo o eu transcendental kantiano até alcançar seu extremo em Schopenhauer com a abstração de *mundo como vontade e representação*²⁵⁷.

Com efeito, quando se reporta ao sujeito solipsista, ávido da vontade de poder (aqui no sentido nietzschiano *Wille zur macht*)²⁵⁸, refere-se à consciência encapsulada que não sai de si mesma, que acredita que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais no momento de decidir. Como afirma Blackburn, “é a consciência extrema que não consegue estabelecer uma relação direta entre esses estados [de experiência pessoal] e o conhecimento objetivo para além deles”²⁵⁹.

Esse é um tema que deveria ser considerado caro ao direito como um todo, uma vez que, ao endossar um comprometimento com a *democracia em parceria*, ao juiz deve ser imposto um dever de contraprestação de contas (*accountability*). Trata-se, no âmbito jurisdicional mais do que fundamentar, expressar a responsabilidade política do julgador (Dworkin) que nessa qualidade, deve explicitar as condições pelas quais ele compreendeu (*verstehen*), justificando sua decisão; é um *accountability hermenêutico* ligado à coerência e à integridade ao tecer a rede jurisdicional.

Por isso, a necessidade de reiterar que a discricionariedade e o ativismo judicial (e suas demais faces) são ilegítimos. Lembrando do círculo hermenêutico heideggeriano-gadameriano e da “*necessidade de proteger o texto do mal-entendido*”. Em outras palavras, o magistrado ao lançar sobre o texto normativo suas próprias convicções, hábitos linguísticos e opiniões prévias de modo arbitrário, estará ele construindo uma *rede jurisdicional inautêntica*, pois o que haverá na sua decisão não será a integridade e coerência do direito, mas ao contrário, o que haverá na tomada de decisão serão as suas próprias opiniões, quando muito, cobertas por um verniz de juridicidade. Esse é o *busílis* que corrompe a tradição constitucional.

²⁵⁷ O professor Lenio Streck alerta há muito sobre os riscos da sobrelevação do sujeito solipsista no âmbito jurisdicional: “É ele que se “encarrega” de fazer a “inquirição”. E a verdade será a que ele, o “sujeito”, *estabelecerá a partir de sua consciência*”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 58, (grifo do autor).

²⁵⁸ Refere-se a Nietzsche nesse tema, por seu escorço teórico direcionado à crítica da razão, a partir do momento em que se viu seduzido pelo caráter interpretativo do sujeito e sua experiência no mundo, desenvolveu uma espécie de “pan-hermeneutismo”, que por seu turno, “[...] desemboca num certo pragmatismo, que prenuncia a renovação do pensamento pragmático”. Visto que, para o filósofo de Röcken, “a razão e suas corporificações linguísticas podem estar sujeitas a um perspectivismo histórico, cultural e mesmo individual”. Desse modo, a visão de mundo se mostra condicionada a interesses de poder, eis aí a noção da “vontade de poder”. GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 42-45.

²⁵⁹ BLACKBURN, Simon. Justice for Hedgehogs. *Times Higher Education*, 27 jan. 2011. Disponível em: <www.timeshighereducation.co.uk/414939.article> Acesso em: 02 abr. 2014.

De tudo que foi dito, não é demais recordar Gadamer; a busca do sentido (aqui – sentido jurídico) é um processo que necessita sempre ser conduzido a partir do círculo hermenêutico e na centralidade que a linguagem assume (veja-se autoridade da linguagem, não do sujeito), de modo a fixar-se na “estrutura antecipatória da compreensão”, examinando e reexaminando as pressuposições que estão presentes na situação hermenêutica de cada intérprete. Lembrando que esse é o encargo apresentado pela “estrutura antecipatória”, pelo caminho da compreensão heideggeriana, a qual não se constitui como tarefa reificadora, acabada, absoluta, mas ao revés, apresenta-se conforme afirma o filósofo da floresta negra: como uma “*tarefa primeira, constante e última*”.

O juiz não é o senhor dos sentidos jurídicos (nem do processo), a constituição não é uma folha em branco, em que o magistrado projeta o que ele bem entende. Por isso a necessidade de se adentrar corretamente no círculo da compreensão, movimento esse, que exige do intérprete que o mesmo examine suas próprias pressuposições (a questão dos *pré-conceitos* que serão apresentados na próxima seção). Tanto em Gadamer como em Dworkin, é possível *distinguir boas e más decisões* (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos), visto que o texto jurídico não admite toda e qualquer opinião, há limites, há critérios que permitem preservar a integridade do direito e os sentidos possíveis para cada caso concreto.

O núcleo presente no legado de Dworkin (e deve ser ecoado mais do que nunca) é que a partir do instante histórico em que endossamos a Constituição em sua materialidade, como topo normativo e interpretativo, reconhecemos que por detrás de cada texto legal, há uma ontologia que lhe serve de condição pré-compreensiva. São cláusulas constitucionais importantes (como a do devido processo legal, a do contraditório, a do dever de fundamentação das decisões, da ampla defesa), como também de princípios “abstratos” de moralidade política que deve ser preservado enquanto uma rede, sem emendas, coerente com a tradição (autêntica) da comunidade.

Em consonância a isso, sustenta-se que “toda atividade judicial é o ato de jurisdição constitucional”, por isso, não se pode admitir com um processo judicial que não comungue dessas noções originárias, não se pode deixar que a integridade do direito, em conjunto com a jurisdição constitucional, seja corroída por uma tradição inautêntica, uma vez que direito e garantia fundamentais são esteios de condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra). É por intermédio do processo, pois, “que o cidadão não só ‘pede jurisdição (*sic*) mas verdadeiramente dela *participa*, concorrendo

efetivamente para a adequada concretização dos seus próprios direitos (tomados em conjunto, repita-se, com a integridade do ordenamento jurídico)²⁶⁰.

Frisa-se mais uma vez que o sujeito solipsista é ontologicamente arbitrário, e sendo assim, não há espaço para arbitrariedades em uma democracia que se respeite como tal. Nessa linha, compartilha-se do mesmo questionamento de Streck:

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, dever(íamos) continuar *a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras* (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: *o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder*. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: está tudo entrelaçado.

Um adendo importante, não integra como objetivo desta dissertação descrever todas as versões positivistas em suas singularidades, mas, sim, destacar os traços filosóficos comuns que as atravessam²⁶¹. Admitindo que nos tempos atuais o modo de pensar e aplicar os ideais positivistas tem-se tornado mais sofisticados, no entanto, é flagrante a remanência da mesma qualidade fundamental que remontam a Kelsen ou a Hart; o velho positivismo lógico, que no afã de caracterizar o conceito de direito, como um mero sistema de regras, para tanto, pauta-se pelo uso da *racionalidade instrumental, objetividade, certeza e verdade*²⁶².

Assim, passando ao largo das complexas peculiaridades insertas nos embates filosóficos que invadem a questão do positivismo e suas vertentes, focar-se-á particularmente na problematização da influência positivista no nível da aplicação do direito realizada pelos órgãos jurídicos. Para tanto, importa no primeiro momento contextualizar e problematizar o posicionamento kelseniano, no que toca à indexação da decisão judicial como *ato de vontade*

²⁶⁰ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47-8.

²⁶¹ Sobre o(s) positivismo(s) e suas variações ao decorrer da história, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

²⁶² Acerca do movimento positivista e sua estratégia reducionista de perceber o direito, é indispensável a leitura de Luís Alberto Warat e Albano Pêpe, os quais lecionam: “O positivismo jurídico orienta-se claramente no sentido de caracterizar cientificamente o conceito de Direito. Assim, o Direito é apresentado como um sistema de normas que dão sentido jurídico às ações sociais.” Seguem os autores “A teoria positivista centra-se no desenvolvimento de uma ciência formal fundada na redução dos comportamentos sociais, que são apreendidos tão somente nos limites já estabelecidos por uma estrutura normativa previamente estabelecida, Uma estratégia reducionista de tal porte torna evidente que a ciência jurídica assim pensada constitui-se numa atividade social que se utiliza de modelos idealizados de conhecimento para sancionar um núcleo inalterável de valores abstratos.” WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 60.

daquele que julga. O que leva ao segundo momento; em que se trará uma breve constatação entre os elementos que gravitam entre o debate Hart e Dworkin, para a partir disso, lançar mão do mesmo ataque geral (*general attack*) da teoria dworkiniana defronte ao positivismo jurídico - principalmente sobre a oposição sobre a concepção do direito entre o *sistema de regras* (Hart) em defesa de um *sistema de regras e princípios morais* (Dworkin)²⁶³, procurando sempre posicionar o problema da discricionariedade judicial como vetor nuclear.

Indo direito ao ponto, o nó górdio que Dworkin irá cortar com as demais teorias rivais de tradição fiscalista, está em que ele não conhece apenas *regras (rules)*²⁶⁴, mais que isso, ele reconhece *princípios (general principles of law)*, para quem, em contraste com a concepção positivista, são juridicamente vinculativos. Aí está, considerado por ele mesmo, seu ataque contra o positivismo (*general attack on positivism*), uma vez que o “esquecimento” dos princípios pelo positivismo jurídico teve um custo teórico muito caro aos positivistas, pois (i) a aplicabilidade dos princípios no sistema normativo é uma característica evidente da natureza argumentativa e interpretativa do direito; (ii) os princípios evidenciam de modo particular a natureza moral da argumentação jurídica.

Assim, Dworkin demonstra que o “point moral” do direito fica particularmente evidenciado nos princípios. Isto é dizer que para o jusfilósofo norte-americano, o *princípio* é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁶⁵. Desse modo, subscrevendo a teoria dworkiniana no seu compromisso com a aplicação do direito, defende-se que o princípio é um padrão de julgamento, necessariamente conectado a uma justificativa moral, que deve ser aplicado na defesa de direitos (sobretudo, à igualdade).

Essas proposições permitem acompanhar Francisco Motta, ao indicar que *cada regra tem um princípio que a institui*. Ou seja, “se o direito deve ser coerentemente produzido, e se essa coerência não é só estratégia (mas de princípio!), evidentemente que toda a *regra* (como

²⁶³ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 188.

²⁶⁴ Lembrando que as regras, para Dworkin, são aplicadas à lógica do “tudo ou nada”, isto é dizer: “dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Cabe advertir que, no decorrer de seus escritos, Ronald Dworkin abandona essa distinção inicial entre regras e princípios.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 36. Cabe destacar que os princípios não se confundem com “política”, esta delineada por Dworkin como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

manifestação do direito) deve encontrar justificativa no emaranhado de princípios que o integra”²⁶⁶.

Veja-se, tanto o positivismo, desde sua formulação exegética, passando pela kelseniana, como no realismo jurídico, em especial em Alf Ross (um dos principais pensadores do Realismo Jurídico Escandinavo), assumem uma postura não cognitivista ética (no sentido da metaética), e por essa razão, “acabam apostando ou na plenipotenciabilidade da regra construída pelos legisladores, tribunais ou precedentes ou no protagonismo do juiz, fenômeno que se dá de vários modos”. Relembrando o já apresentado no capítulo interior, sobre como o positivismo obsta a correta entrada no círculo da compreensão, uma vez que a tradição positivista (influenciada pelo fisicalismo racionalista) pretende conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais a “conhecimentos objetivos”. Não há espaço para linguagem nesses moldes, a linguagem aqui é mero instrumento da razão autônoma. Explicando melhor, Ross irá defender que uma teoria científica do direito deve compreendê-lo como um conjunto de fatos empíricos do mundo e nada mais. Para ele, o direito deve ser concebido do mesmo modo que as demais ciências empíricas: descrevendo o ser no mundo por meio de um *método descritivo e empírico*²⁶⁷. Esse modelo de conhecimento científico, de modo predominante em vários campos do saber, elegeu a ciência natural, em particular o paradigma da explicação do mundo físico, como padrão de objetividade científica.

Já, em Hans Kelsen, na metade do século XX, a elaboração do positivismo jurídico encontra sua mais influente e refinada versão. Ele, assim como Austin (positivista empirista), irá adotar a mesma concepção de *dever jurídico* como “o correlato de uma sanção e a compreensão da norma jurídica como um comando, como um *ato volitivo* que se expressa factualmente.”²⁶⁸ Tão logo na introdução da sua obra mais renomada, *Teoria pura do direito*, o jurista austríaco acusa a flagrante influência do ambiente do positivismo lógico nos seus escritos, durante o apogeu da fé metodológica estimulada pelo espírito vienense:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretações de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: *o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de*

²⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 144.

²⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73-5.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 75.

saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designar como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quando não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental²⁶⁹ (grifo meu).

Seu projeto metodológico assim apresentado, exhibe com clareza o seu compromisso de perceber o direito como um objeto de investigação que se localiza no nível do “ser” e não do “dever ser” ideal. Ao reivindicar-se como um realista do direito, Kelsen defende que o cientista do mundo jurídico deve *descrever o ser do direito*, isso é, o dever ser positivado. Logo, repercute sobre como essa racionalidade teórica (razão autônoma) possibilitou (e ainda possibilita) compreender o direito em sua “autônoma objetividade”. Dessarte, dentro da lógica positivista, “os fatos sociais, os conflitos, enfim, a *facticidade*, não faziam parte das preocupações da teoria do direito”. Sendo assim, a pretensão estabilizadora (e fiscalista) do positivismo jurídico “acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões *teóricas e questões práticas*, entre *validade e legitimidade*, entre *teoria do direito e teoria política*” (grifo meu)²⁷⁰.

Por certo, o positivismo atinge seu desiderato de um direito monista, quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto, em outras palavras, quando transforma a lei em razão autônoma e aparte da realidade²⁷¹. Kelsen e sua preocupação com a purificação da sua Teoria Pura do Direito é um fato visto como suficiente para Streck identificá-lo como um “pessimista moral”, que por sua vez, apostava em uma moral *relativista*. Isso, porque, para ele – e os demais caudatários do positivismo –, a relação do direito com a moral é vista como um problema, algo que deveria ser evitado²⁷², pois não haveria como sustentar cientificamente uma moral absoluta e universal, que servisse como régua para todos os lugares e em todos os tempos.

²⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.61-2.

²⁷¹ Sobre a Teoria Pura kelseniana, cabe fazer um registro observado por Warat, no sentido de também reconhecer na epistemologia de Kelsen o valor que teve à época. Isso porque “baseado nessa pretensão, decide ele mesmo mostrar como se pode fazer uma dogmática superando os obstáculos que denunciou – entre eles, o fato de que os dogmáticos anteriores faziam seu trabalho sem contar com os subsídios de uma teoria geral. É importante frisar que antes de Kelsen só existiam as dogmáticas particulares (direito civil, direito penal etc.) um fato, do ponto de vista científico, insólito.” E arremata o autor, com todo sarcasmo que lhe é peculiar: “Seria como se o zoólogo se dispusesse a descrever determinadas espécies de animais sem contar com uma zoologia geral que lhe servisse de referência.”. WARAT, Luis Alberto; PÉPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 54.

²⁷² Tema trabalhado no capítulo 2.3.

Ou seja, ao inserir a moral no interior de uma epistemologia positivista, sua argumentação vai à procura de demonstrar como há vários sistemas morais dissemelhantes, isso não seria objeto de interesse do direito; a ciência jurídica somente se responsabiliza pelo direito e sua em sua característica formal: “o que tem de ser sempre acentuado e nunca será o suficiente – é a ideia de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes e antagônicos²⁷³. Assim, por entender que a moral viria a contaminar o sistema jurídico, por conta da “indeterminação” do sentido do direito, o positivismo a expulsa de sua estrutura. A isso atribui-se a característica relativista da moral kelseniana.

É interessante notar que a própria busca objetiva de sentido e a fonte que proporciona validade à norma (*Grundnorm*²⁷⁴), no interior da lógica jurídica positivista servirão de *locus* para chocar o ovo da serpente da discricionariedade do intérprete. Uma vez que Kelsen reconhece o problema que a cadeia de validade normativa, ou seja, aquela responsável por lhe conferir objetividade e inteligibilidade à norma jurídica não pode ser infinita. Desse modo, quando as questões dos problemas práticos que envolvem cotidianidade do direito interpelam por uma resposta para o positivismo jurídico, por uma resposta sobre a interpretação jurídica, esse acaba por obrigar-se a desvirtuar do seu trajeto original.

Muito embora Kelsen não tenha dedicado seu fôlego à interpretação do direito, afinal, a razão prática não “deveria ser” um problema para a ciência do direito, *a questão da vontade* do juiz surge na sua obra como “saída à tangente” para o problema da aplicação do direito; isso se dá assim que Kelsen percebe que sua teoria era incapaz de oferecer respostas adequadas aos questionamentos de ordem prática do direito . Trata-se do famigerado capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, que justamente aborda o problema da interpretação jurídica:

[...] através deste *ato de vontade* se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica²⁷⁵ (grifo meu).

Veja-se, aqui reside o ponto nevrálgico, de onde exurgirão as consequências práticas sentidas até os tempos ditos “pós-positivistas” em que se respira: *o problema da*

²⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74.

²⁷⁴ Relembrando que de acordo com o capítulo anterior, a norma fundamental em Kelsen (*Grundnorm*) é uma representação de um estado de coisas, é o conteúdo de um ato de pensamento. Cf. MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p.106.

²⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 249.

interpretação/aplicação judicial do direito. É aqui onde a “virada kelseniana” propõe-se a superar o positivismo exegético, cuja a perspectiva de aplicação funcionava até os limites da sintaxe; contudo, deixando a porta preocupações relacionadas à perspectiva semântica e relegando-a a um segundo nível. Dado isso, ainda que para o relativismo kelseniano (não cognitivista), a semântica é tratada descolada da teoria do direito, como algo aparte. Em contrapartida, o autor que defende que a interpretação dos órgãos judiciários são atos de vontade é o que atribui caráter discricionário ao ato de aplicação do direito²⁷⁶ – a “*moldura da norma*” serve como repositório de convicções, de atos de vontade que o julgador-intérprete poderá ultrapassar.

Aqui, de pronto, torna-se fundamental registrar um esclarecimento a partir da constatação kelseniana de que o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Isto é dizer, quando se fala em ênfase semântica, se está reportando ao problema da *interpretação do direito* (capítulo VIII de sua *Reine Rechtslehre*), visto que nele há um sensível deslocamento de sua teoria em direção à semântica, fato que fica flagrante na célebre metáfora da “*moldura da norma*”²⁷⁷. Trata-se uma questão de grande relevância: em Kelsen há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá influenciar de modo incidental seu conceito de interpretação – circunstância essa, que também se repete para a interpretação, que por sua vez, também será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento*. Sobre esse ponto, a explicação do professor Lenio sobre a interpretação do direito em Kelsen é esclarecedora:

A interpretação como um ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz *proposições*. Dado a característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurtem de um *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado exatamente do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – através do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se relacionam entre si de uma maneira

²⁷⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁷⁷ Para além disso, o professor Streck acredita que a “grande sacada” kelseniana foi “a de compreender que o problema do direito não era a discussão acerca do sentido *sintático* da lei, mas sim, que o problema está no conceito de norma, que é reconhecido como um “conceito semântico”, circunstância reconhecida, inclusive, por outros autores como Alexy.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

estritamente lógico-formal. Vale dizer, a relação entre as proposições são essas sim, meramente *sintáticas*.

Por isso, a importância em explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen, dado que esse perdura de um modo difuso nas teorias da decisão judicial e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a relação entre vontade e discricionariedade do intérprete ou no decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”. O fato de que um *sistema de regras*, prévias, abstratas e universais, a serem “aplicadas”, dedutivamente ou (subsuntivamente), não dava conta das situações do mundo prático Kelsen já havia percebido. Desse modo, pode-se concluir que ele sucumbe aos seus adversários, ao aceitar que, de certo modo, *a interpretação do direito, no plano da aplicação, é evada de subjetivismo* – e, para o positivismo forjado nesse molde, esse é um “desvio” impossível de ser corrigido.

Eis onde reside a “maldição” de sua tese e do(s) positivismo(s) jurídico(s), dado que ao dividir(em) o solo comum da não superação da virada linguística no direito, permanecem pautando-se por uma ficionalização que distancia da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. Desse modo, o positivismo afasta as discussões de aplicação do direito da realidade mundana, por isso não é abusivo afirmar: *a matriz positivista sequestrou o mundo prático*²⁷⁸. O custo maior disso tudo se mostra no plano da operacionalidade do direito, pois diante da impossibilidade das regras abarcarem a complexidade do mundo prático, o positivista confia ao discernimento pessoal do juiz (enquanto autoridade pública encarregada de dar a última palavra, de decidir), ou seja, *na sua discricionariedade* para solução de casos *não contemplados* (sic), pensamento esse muito forte em Kelsen e Hart²⁷⁹.

Numa palavra: em um nível mais sofisticado, o ponto de estofa da discricionariedade (que é sempre arbitrariedade, pela perspectiva democrática) deve-se à manutenção do paradigma da filosofia da consciência em termos de fundamento, somado a uma analítica da linguagem. Apostar na razão teórica, bem como lembra Streck, é acreditar na possibilidade de respostas antes das perguntas, é acreditar em “consensos artificiais”, de “conceitos sem coisas”,

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 10 dez. 2018.

²⁷⁹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p 19-20.

de interpretação como ato de vontade do julgador, de aplicação do direito a partir do descolamento entre lei e realidade²⁸⁰(em abstrato).

Por tais razões, contata-se que o positivismo está umbilicalmente ligado ao protagonismo judicial. Não por acaso, Antonie Garapon, já em 1996 tratava da questão do Poder Judiciário enquanto “o guardador de promessas”, em que logo nas primeiras páginas o ex juiz francês afirma que, no atual cenário contemporâneo global, “nada pode escapar ao controle do juiz”²⁸¹. Isso, porque, para o autor, a atuação jurisdicional é intensificada de tal forma que os juízes passam a ser vistos como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal –”. Ainda que no capítulo posterior sejam abordados alguns traços principais sobre a jurisdição constitucional na conjuntura brasileira, por tudo que foi dito, pode-se contatar que o protagonismo judicial emerge como um problema de origem paradigmática, mas com vestes de um pragmatismo “clerical” – aproveitando a citação de Garapon – que torna a parcialidade judicial perigosa, porque vinculada a um *ato de vontade do julgador*.

Desse modo, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD²⁸²), capitaneada por Lenio Streck, posiciona-se em rota de colisão às várias vulgatas teóricas que apostam no autoritarismo, no decisionismo, na consciência individual do julgador, enfim, no *subjetivism turn* como paradigma filosófico que relega ao sujeito enquanto autoridade última para constituir/interpretar a realidade. Veja-se, o sujeito da modernidade (solipsista) ainda se mantém na contemporaneidade, ainda que a contemporaneidade não lhe devesse (mais) servir como morada. Parafraseando Lorenz Puntel, se o sujeito (a subjetividade) for concebido de modo particularista, o conhecimento por ele produzido ou sustentado será igualmente particularista²⁸³.

Retomando a atenção, e agora contextualizando aquela que figura como ponto de partida deste capítulo; aquela que, ainda que compreenda a diversidade da realidade composta por uma

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

²⁸¹ GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o Guardiã das Promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001. Sobre a relação da atual conjuntura jurídica e a obra de Garapon, a professora Clarissa Tarrinari elabora algumas constatações sobre os fatores que impulsionam o fator do ativismo: *a)* por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; *b)* por um desmoralamento do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático desaparece; e *c)* pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizam a concepção de soberania estatal, mas, por outro possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁸² Em que pese já ter-se feito esclarecimento quanto a filiação da Crítica Hermenêutica do Direito e sua filiação à matriz ontológica heideggeriana-gadameriana, importa registrar que na obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Streck dedica particularmente um capítulo (capítulo 5) para justamente versar sobre este ponto.

²⁸³ PUNTEL, Lorenz Bruno. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*; Trad. De Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

pluralidade complexa, acaba lançando mão de um agir sem a necessidade de corresponder a um princípio superior (constitucional); aquela que é cética ao crer em um sistema íntegro *uno* (integridade do direito) que compreenda a pluralidade das relações – fato esse que lhe autoriza decidir de modo subjetivo e discricionário: trata-se aqui da figura da *raposa de toga* como identificação do reflexo da filosofia da consciência na prática jurídica.

Isto significa dizer que, na identificação da *raposa* subjaz a raiz do voluntarismo-empirista, que “*por saber muitas coisas*”, é tomada por uma postura protagonista no momento em que veste a *toga* e age em sentido da manutenção da discricionariedade legal/judicial através do Poder Judiciário. A raposa de toga que, em determinadas casuísticas (*hard cases*), pode *escolher* a partir de si mesma, dessa forma, desobrigada de qualquer vinculação de pré-compreensiva à supremacia do direito (*rule of law*)²⁸⁴. Nas palavras de Cattoni, assumindo um papel de “tutor da política, um superpoder quase constituinte”, “guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador²⁸⁵”.

Nesses moldes, o positivismo é quem gesta a *raposa de toga* como um julgador que se diz “racionador prático”. Contudo, ainda que os adeptos desse paradigma tentem se desvincular da filosofia da consciência, argumentando que estão mais próximos da filosofia analítica, como por exemplo Hart, Ross, Austin, Alexy e outros nomes de forte influência para a dogmática brasileira, como Manuel Atienza e Juan Manero, as consequências práticas daquilo que defendem no momento da decisão judicial, acabam se aproximando do paradigma do qual querem se afastar: a própria filosofia da consciência²⁸⁶.

Ainda que se reconheça a (até genuína) preocupação da a filosofia analítica em tentar superar os problemas deixados pela razão solipsista da modernidade²⁸⁷, contudo “o positivismo jurídico, ainda que apoiado por aquela corrente, acaba, na prática, aceitando/reconhecendo

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁸⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.122.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 132.

²⁸⁷ É importante frisar que são vários os embates dogmáticos, que circundam as complexidades do Direito e, por humildade acadêmica e espaço hábil, se decidiu não adentrar nesses vários níveis, contudo, aponta-se que nessa exata dimensão Dworkin se comprometeu nos seus mais recentes trabalhos, aprofundar o debate metodológico que estabeleceu seja com o positivismo, seja com o convencionalismo ou com o pragmatismo. Nesse sentido, é de muita relevância destacar *A justiça de toga e Justiça para porco-espinhos (justice for Hedgehogs)*, onde o autor busca representar algumas de suas críticas sobre os equívocos filosóficos que estão subjacentes na obra de diversos de seus críticos. Cumpre também mencionar o trabalho de Porto Macedo Júnior, que especialmente traz em *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, um guia claro e rigoroso sobre as mudanças conceituais e metodológicas entre Dworkin, Austin, Bentham, Weber, Kelsen, Ross e Hart.

justamente posturas nas quais se assemelham à filosofia da consciência e até mesmo sua vulgata”²⁸⁸, por, ao fim e ao cabo, admitir a discricionariedade judicial de um ou outro modo.

A exemplo de Joseph Raz, discípulo de Hart e um dos defensores mais proeminentes do positivismo, diferentemente de Dworkin, o professor de Oxford não reconhece a existência de uma função geral, principiológica ao direito com base na qual ele pudesse ser caracterizado²⁸⁹. A função do direito para ele, é oferecer uma visão geral sobre o objetivo público a ser perseguido, independentemente dos objetivos individuais e, sobretudo, independentemente dos eventuais desacordos que possam existir entre eles²⁹⁰. Note-se que no seu principal livro de Raz sobre os raciocínios morais e jurídicos, o autor por um lado, diz que tem rejeitado a tese forte da autonomia do raciocínio jurídico, mas por outro lado, “defende que doutrinas jurídicas só justificam se forem moralmente justificadas e devem ser seguidas somente se é moralmente correto segui-las”. Ou seja, significa dizer que o destinatário deve interiorizar o dever jurídico. E continua o autor israelense: “No raciocínio de acordo com o direito, os tribunais devem seguir princípios morais, embora possam ser princípios morais equivocados”²⁹¹. Assim, o raciocínio jurídico é um exemplo de raciocínio moral, apenas de, por vezes, ser moralmente incorreto, ou ser baseado em princípios jurídicos moralmente deficientes.

Veja-se que Dworkin assemelha-se a Joseph Raz ao compreender o direito como uma prática social normativa. No entanto, conforme foi elucidado, a teoria de Raz engloba duas feições dissemelhantes entre si. Em um primeiro nível, confirma que a tese da normatividade do direito envolve um desígnio por uma legitimidade moral. Em um segundo nível, conceitua que a natureza institucional do direito exige que esse seja concebido como um fenômeno social essencialmente referido à autoridade (*authoritative*). “A sua teoria da autoridade se assenta numa teoria das fontes puramente sociais da autoridade (*source thesis*)”²⁹².

Ronald Dworkin compartilha com Raz sobre a primeira tese, mas rejeita a segunda, ou seja, “a tese de que seria possível determinar o conteúdo do direito exclusivamente com base em

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 133.

²⁸⁹ RAZ, Joseph. Postema on law’s autonomy and public practical reasons: a critical comente. *Legal Theory*, Oxford, v. 4, p. 1-20, 1998, apud DICKSON, Julie, 2001, p. 117.

²⁹⁰ Sobre a defesa positivista de que há uma cisão entre Direito e Moral, é interessante notar que Raz “não discordará que a argumentação jurídica tem natureza moral, contudo, discordará da natureza argumentativa do direito.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁹¹ RAZ, Joseph. *O Conceit de Sistema Jurídico: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

²⁹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157. Também conferir *The problem about the Nature of Law*, capítulo 9 de Joseph Raz.

suas fontes sociais, *independentemente de qualquer razão moral.*” Nesse sentido, “Dworkin contesta um dos elementos centrais e distintivos do positivismo, a saber, a tese da *separabilidade entre direito e moral*²⁹³”. Explicando melhor, o jusfilósofo norte-americano irá atacar o traço característico principal do positivismo jurídico, o qual a definição do direito é independente, do ponto de vista conceitual, de qualquer conexão com a moral. O que interessa observar aqui (e será melhor abordado no próximo capítulo) é que o direito para Dworkin é compreendido como uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa (e não meramente *autoritativa - authoritative*²⁹⁴).

Pelas razões até agora expostas, e se elas tiveram êxito na sua gnose, pode-se afirmar com Streck, que a “aposta na discricionariedade acarretou *uma vitória de pirro dos reducionismos epistêmicos*”. Motivo que, afastando a razão prática e afiançando na razão teórica, os positivistas do direito acabam subjugados a permitir – como uma espécie de “compensação” – esse “acentuado grau de discricionariedade” para dar conta dessa, para eles incontornável questão: “a razão prática tem guarida no domínio da moral e é impossível cindi-la do mundo epistêmico da ‘pureza’ de intenções...!”²⁹⁵. Desse modo torna-se intrigante perceber como o protagonismo judicial como *ato de vontade* acaba preservando (mesmo com toda sofisticação das teorias positivistas) o componente iluminista presente, tanto nas teorias objetivistas, quanto subjetivistas da interpretação jurídica – vontade da lei e vontade do legislador -, voluntarismo esse que edifica na reminiscência do *princípio epocal* (Stein) da modernidade: a *raposa de toga*.

Por essa razão, o entendimento de direito a partir da viragem linguística (*ontologic turn*) é incompatível com a proposta positivista da separabilidade de direito e moral. Esse tema está intimamente ligado à concepção dworkiniana da tese da legitimidade (*legitimation thesis*), uma vez que para Dworkin, “a tarefa do direito é tornar inteligível, por meio do direito, a exigência de legitimidade do exercício do poder”. Lembrando de sua filiação dworkiniana à matriz substancialista de concretização de direitos, a questão jurídica por excelência vincula-se

²⁹³ Cf. H.L.A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, p. 593-629, 1958. Republicado em HART, H. L. A, 1983, p. 49-87. MACCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law ad morals. In: GEORGE, Robert P. (Ed). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 105-133.

²⁹⁴ Ronaldo Porto Macedo Junior explica o emprego da palavra “autoritativo” para traduzir *authoritative*, ainda que ela soe como incomum na língua portuguesa “porquanto não haveria outra palavra capaz de traduzi-la com precisão.” Elucida o autor que a “alternativa seria a expressão ‘dotada de autoridade’, que tem o defeito de não constituir um adjetivo”. ²⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157-8.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

obrigatoriamente à epistemologia da responsabilidade moral daquele que interpreta, isso é, em levar a prática argumentativo-substantiva a sério para o caso concreto. Essa é a questão que Dworkin levanta: como entender as práticas de poder que denominamos “direito”? Para justificá-las, é necessário considerar que a *intencionalidade* que *unifica* tais práticas reporta-se a uma exigência de legitimidade e justiça cujo o significado é essencialmente interpretativo²⁹⁶. Diz-se isso, porque o direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa, pois o “seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem”. O interpretativismo (*interpretivism*) – que será melhor abordado na próxima seção - será o mote pelo qual Dworkin irá opor ao positivismo jurídico (*legal positivism*) – que já foi apresentado -.

Nesse sentido, aos fins que esse capítulo propõe alcançar, é preciso ter em mente alguns conceitos-chaves antes que se possa avançar: “o positivismo declara a independência completa entre Direito e Moral, e trabalha com a *teoria das fontes* (vale como direito aquilo que passe pelo filtro regra de reconhecimento; que no limite, é uma questão de fato e de aceitação, de prática e de costume, não de conteúdo)”; o interpretativismo dworkiniano, por sua vez, propõe que os princípios morais (os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral das regras positivas) podem igualmente dar origem a regras jurídicas, ainda que não promulgadas, dadas suas características instituidoras da pré-compreensiva (*vorverständnis*).

Pode-se dizer que em Dworkin os princípios seriam assim, o “*point* moral do direito”. Então, o que significa no mundo prático esse afastamento do direito e a possibilidade de convocar a moral (*ato de vontade* do sujeito solipsista)? Há uma autorização para que o julgador lance mão da moral. Mas o que é a moral, afinal de contas? Como falar em moral em um sistema que, em nome da objetividade e assepsia do sujeito, separa-a do direito; contudo, em um segundo momento, diante da impossibilidade que as regras abarquem a complexidade do mundo prático (*hard cases*), permite que o juiz decida conforme a sua consciência? Podem as demandas de uma República ficarem à mercê de “livre convencimentos motivados” ou “incorporação da moral” em um segundo nível? Essas são posturas que em seu plano teórico querem ser intersubjetivas, mas na prática, apenas apresentam um adorno para tentar camuflar a arbitrariedade anterior que verdadeiramente decidiu o caso²⁹⁷.

²⁹⁶ Veja-se, ao Dworkin orientar o debate sobre a questão do direito para este âmbito de legitimidade, intencionalidade e interpretação, ele não realiza uma crítica externa ao positivismo, mas antes, o questiona em seus próprios fundamentos conceituais e metodológicos. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 240-5.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 134.

Nesse ponto importa lembrar acerca da teoria *substancialista* da Constituição, “porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade e validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito”²⁹⁸. Não se limitando apenas ao binômio Política e Direito, Dworkin aponta que a Constituição também “funde questões jurídicas e morais”, amalgamando direitos morais em direitos jurídicos – lembrando aqui da tese da unidade do valor trabalhada no segundo capítulo (*the unity of value thesis*) –.

A razão aqui está com Habermas ao defender que Direito e Moral (e também a Política) são *co-originários*²⁹⁹, ambos encontram-se em uma relação de simbiose recíproca; fato esse que não permite endossar uma pretensão “corretiva” da Moral sobre o Direito. Admitir que uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar seus princípios morais autênticos, não permite uma relação de subordinação do direito à moral (como *value*), no sentido de hierarquia de normas, muito menos a subordinação do direito à moral do intérprete como protagonista da lide.

Ou seja, trata-se da não admissão da correção moral³⁰⁰. Não se está defendendo uma vinculação à moralidade endógena, pois moralidade não contrapõe-se ao Direito, posto que ela é estabelecida no próprio Direito (através dos direitos fundamentais positivados, no caráter normativo dos princípios *deontológicos*). De modo mais específico, endossando a proposta dworkiniana de Direito como integridade, quer-se dizer que ao juiz identificar um determinado padrão no direito como princípio, isso deve ser compreendido como uma *proposta interpretativa*: “o princípio se ajusta a alguma parte complexa na prática jurídica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade quer”.

Esse é o ponto: o princípio *orienta* interpretação da prática jurisdicional, e o intérprete deve justificá-la no plano argumentativo (dever de fundamentar suas decisões - *accountability*), por isso pode-se dizer que os princípios *fecham* a interpretação ao invés de abri-la. Coloca-se,

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14

²⁹⁹ Sobre a co-originalidade entre Direito e Moral, ainda que reconhecido o caráter procedimentalista sobre o direito, sua concepção sobre a natureza da relação entre ambos é de relevante importância para esse trabalho. Nesse sentido, Habermas: “[...] Através dos componentes de legitimidade de validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, esta relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação recíproca*” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, v. I, p. 139-41.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

como já se viu, a interpretação, bem como sua justificção argumentativa, como uma questão de responsabilidade – e não um tema de demonstração fisicalista dos fatos, tampouco de análise por um sujeito vítima do agulhão semântico (*semantic sting*³⁰¹) alocado em um ponto neutro, para fora do argumento.

Dito isso e avançando o passo, há um ponto sensível, mas que precisa ser dito; ainda que este escrito tenha por foco a problemática das decisões judiciais, concorda-se com Dworkin, ao apontar que os juizes togados “não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes”³⁰². Afinal, um olhar crítico e atento nas questões da teoria do Direito tem de ater-se aos demais sujeitos cujas decisões afetam os direitos de seus concidadãos – é o caso dos legisladores, promotores de justiça, banqueiros, líderes sindicais, e demais entes.³⁰³

Segundo Motta, essa implicância não abranda (em nada) a carga depositada sobre a jurisdição constitucional. Apenas ressalta que a Constituição não se dirige apenas aos juizes ou à agencia judiciária em geral: a Constituição é o constituir-a-ação do Estado e da sociedade (que dela deve poder participar, portanto). Soma-se a isso a relevância daquela *uma e única coisa muito importante* que o porco-espinho utiliza para contra-atacar a raposa: compreender o processo como direito e garantias fundamentais, portanto, trata-se de um movimento dirigido, assim, à unidade interpretativa a fim de possibilitar o encontro de respostas corretas em direito.

Essa é a tarefa reivindicada rumo à construção da jurisdição em rede, sendo essa comprometida com a construção das condições pré-compreensivas e materialização do direito e da prática interpretativa coerente e integrativa. Para tanto, defendeu-se que a condição de possibilidade de feitura para tal tarefa – que diga-se, é sempre continua -, se dá através dos reflexos da virada do direito para a hermenêutica, por meio da linguagem, em que essa, por sua vez, deixa de de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (juiz) e o objeto (texto jurídico), para ser a “estrutura antecipatória da compreensão”.

Por isso, segue-se Dworkin ao acreditar que há uma simbiose básica e originária entre questões teórico-jurídicas (questões de filosofia *no* direito) e questões mundanas enfrentadas cotidianamente pelos tribunais e pelos operadores do direito em geral. Conforme o autor, “inexiste uma linha firme que divida a teoria do direito (*jurisprudence*) da decisão judicial (*adjudication*) ou qualquer outro aspecto da prática jurídica [...]”. Eis que arremata o autor: “A

³⁰¹ Dworkin apresenta o argumento de que o “positivismo é vítima do *agulhão semântico*” no seu livro *O império do Direito*. Esse tema será trabalhado no próximo capítulo.

³⁰² Ibidem, p. 427.

³⁰³ Ibidem, p. 18.

teoria do direito é a parte geral da decisão judicial (*adjudication*), um prólogo silencioso para toda decisão jurídica”³⁰⁴. A Crítica Hermenêutica do Direito é, nesse sentido, um infestável pressuposto de inteligibilidade das práticas argumentativas.

3.2 O PORCO-ESPINHO CORTÊS: A DUPLA DIMENSÃO DA RESPOSTA CORRETA

Procurou-se demonstrar até aqui a literatura dworkiniana fortemente embebida na filosofia da linguagem a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, essa como eixo condutor defronte àquilo que foi denominado de “concepção absoluta de mundo” e que compromete as diversas teorias rivais, como o positivismo. Desse modo, a partir do paradigma hermenêutico, da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, em particular, confia-se na possibilidade de afirmar-se que há uma resposta verdadeira, correta – nem a única e nem uma entre várias corretas, apenas *a resposta que se dá na coisa mesma*. Assim, a partir desse ponto de contato entre Gadamer e Dworkin, acredita-se que seja possível *distinguir boas e más decisões* (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos).

Colocando o problema de forma mais explícita – e espera-se que tenha ficado claro até aqui –, os equívocos filosóficos que serviram de esteio para particularmente o positivismo jurídico, não apenas afetaram demasiadamente a forma como os teóricos compreendem os conceitos de *objetividade* e *verdade jurídica*, como carregam a reboque consequências para suas teorias descritivas do direito e para a prática jurídica. Ao passo que, instilando sua matriz paradigmática na forma como se compreende o direito, os equívocos filosóficos trazem implicações relacionadas ao modo como aquele deve ser aplicado e interpretado.

Pois bem, a alegoria do “porco-espinho cortês” apresentada neste capítulo pode causar um estranhamento no primeiro momento, contudo, espera-se que no instante ulterior faça-se compreender a importância que a cortesia do porco-espinho incorpora para construção de uma resposta jurídica e democraticamente correta para os tempos de ascensão juristocrática em que se respira. Nesse raciocínio, a partir da proposta de Dworkin e da relevante releitura de sua obra elaborada por Francisco Motta, defender-se-á que uma decisão jurídica e democraticamente correta, para ser legítima, deve atender dois pressupostos elementares: (i) deve ser resultado de um *procedimento* constitucionalmente adequado; (ii) a decisão deve estar fundamentada numa interpretação por *princípio*, assim dirigida à *integridade* do império da Lei.

³⁰⁴ Esse argumento é apresentado em DWORKIN, Ronald. *Legal theory and the problem of sense*; retomado em *Justiça de toga*, capítulos 1 e 5; e em *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor.*, p. 327 e s.

A empreitada que tem Dworkin como guia de caminhada, reivindicará a concepção de um novo modelo para o direito; trata-se da superação do *xadrez* pela *cortesia*³⁰⁵. Em frente, pois.

Primeiramente, fixemo-nos na tradicional alegoria que traz no seu afã a tentativa de remeter ao uso do *jogo de xadrez* como uma metáfora para dizer da natureza e essência do direito. Tradição presente entre teóricos e filósofos do direito moderno e contemporâneo, refere-se à prática de jogar xadrez, em que na visão de autores como Ross, Kelsen, Weber e Hart, envolve uma dimensão normativa. Em outras palavras, “para compreendermos o comportamento de um enxadrista, devemos entender que o sentido de sua ação é orientado pelas regras do jogo de xadrez”³⁰⁶. Seguindo essa premissa, poder-se-ia afirmar que um indivíduo somente efetua um lance de xadrez, ou “joga xadrez”, leva-se em consideração as regras do jogo.

Frente à premissa anterior, Dworkin propõe que se imagine um gato que passeia por um tabuleiro de xadrez e, por sua vez, arrasta com sua pata felina o peão da posição P2R para a posição P4R. Naturalmente frente a essa casuística seria incorreto afirmar que o gato está jogando xadrez, pois não? O lance involuntário do animal não é considerado um movimento autêntico para o jogo de xadrez, ainda que o “deslocar (por acaso)” esteja em conformidade com os regramentos válidos do jogo. Veja-se, a condição para sustentar essa razão está pontualmente no fato de que o felino não toma a normatividade dessa prática social em consideração. “Afinal de constas, gatos não *jogam* xadrez”³⁰⁷.

A contra senso de nomes como Ross, Marmor, Kelsen, Hart, Ronald Dworkin jamais filiou-se ao grupo defensor que a metáfora entre direito e o jogo de xadrez seria esclarecedora para compreender o direito e sua teoria. Essa distinção aos demais autores dá-se, pois está particularmente vinculada ao fato de que Dworkin rejeita a concepção do modelo positivista sobre a descrição do direito tão somente como um modelo de regras³⁰⁸.

³⁰⁵ Este adendo já foi feito, mas cabe ratifica-lo mais uma vez. Especialmente sobre a obra do professor Ronaldo Porto Macedo Junior, que serviu de inspiração para o título dessa dissertação. Nesse sentido, conferir MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

³⁰⁷ Ainda nesse caso, “podemos afirmar que um alguém está jogando xadrez quando domina técnica de realizar os lances de acordo com as regras do jogo que lhe foram ensinadas de alguma forma (numa escola, por observação, por repetição, etc.) O fundamental para reconhecer a prática social do jogo é saber jogar. Vale notar que um jogador poderá *saber* jogar sem jamais ter aberto um livro de teoria do xadrez ou mesmo sem *conhecer a teoria desse* jogo. *Ibidem*, p. 200.

³⁰⁸ Trata-se da teoria de Hart desafiada por Dworkin a partir dos desenvolvimentos da crítica à teoria da regra social, que culminarão na teoria interpretativista do direito, particularmente elaborada em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O argumento mais relevante, contudo, “está no fato de que o jogo de xadrez, apesar de ser uma prática social, usualmente, ao menos em seus casos focais (em seu *pivotal case*), não envolve *controvérsias sobre conceitos interpretativos*”³⁰⁹. Ao revés disso: “a princípio, é quase natural e intuitivo pensar nesse jogo com base exclusivamente nas regras convencionalmente aceitas ou mesmo fixadas por um ato de vontade dos agentes”³¹⁰.

O jusfilósofo norte-americano já daria indícios dos limites que integram a metáfora do direito como um jogo de xadrez, em um texto sobre o pensamento de Lon Fuller, em que:

Uma importante qualificação está agora em pauta. Até aqui eu tenho assumido que os *standards* encerrados no conceito de direito são regras nítidas e precisas e que os limites de sua autoridade são claros e evidentes, e eu tenho discutido a sua lógica e sua força a partir dessa posição. Porém, é claro, essa é uma imagem falsa: esses *standards* são questões de grau sobre alguma amplitude de sua aplicação, são em certa medida controversos e continuamente redefinidos de pequenas e imprecisas maneiras pelas operações da instituição e da linguagem que eles regulam. *Desse modo, eles são bem distintos das regras relativamente precisas e inflexíveis de jogos comuns (ordinary games)*. Essa qualidade torna mais difícil, mas também mais importante, a apreciação de seu papel especial na argumentação e racionalidade jurídicas. Se o conceito de direito fosse tão claro e incontroverso como, por exemplo, o conceito pertinente a este processo já seria óbvio a todos os seus participantes. *Então haveria motivo para a crítica de que a análise de conceitos jurídicos não pode fornecer argumentos jurídicos, porque as referências (appeals) ao conceito de direito seriam óbvias ou triviais demais para valer como tal*. Controvérsias sobre o sentido de direito (*meaning of law*) são significativas só porque as vertentes que constituem o conceito de direito são difíceis de isolar e requerem julgamento para sua aplicação (*require judgement to apply*)³¹¹.

Indo ao ponto: o argumento que será trabalhado é de que, dissemelhante de outras práticas, como o caso do direito, o xadrez não envolve uma implicação interpretativa no que diz respeito a avaliações valorativas (não compreendidas de um panorama valorativo convencional³¹²). É no contraponto dessa vertente, que Dworkin propõe uma nova analogia,

³⁰⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 201.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. Philosophy, morality na law: observations prompted by professor Fuller’s novel claim. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 113, p. 668-90, 1965, apud. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

³¹² No escrito de Dworkin sobre Lon Fuller, o autor trata da distinção entre a dimensão moral convencional (“popular às crenças da maioria dos cidadãos”) e a dimensão moral propriamente moral; moralidade interna do direito. Não é objetivo deste capítulo abordar os desdobramentos desse debate, mas importa o registro que nessa perspectiva, a teoria dworkiniana defende o interesse da comunidade, a qual é tida como “alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos”, de modo que quando diz que “uma comunidade é fiel a seus próprios princípios”, não se refere a “sua moral convencional”, mas sim que o Direito como integridade

que por sua vez, abarca uma prática social interpretativa: a prática de cortesia³¹³. “A analogia com o xadrez revela uma gramática distinta daquela utilizada no *jogo* da cortesia. Por essa razão ela deve ser substituída por uma nova analogia”. Assim sendo, Dworkin abandona o jogo de xadrez.

Antes de avançar no que consiste esse novo jogo de linguagem utilizado pelo autor como metáfora para se pensar o direito, agora, envolvendo as práticas de cortesia, é importante ter em mente dois motes elementares, os quais Dworkin parte para munir-se contra o positivismo enxadrista: os desacordos teóricos e o argumento do aguilhão semântico (*ferrão semântico; semantic sting*). Ele lança mão desse argumento para que se atinja a raiz de divergência entre o positivismo jurídico proposto por Hart (analítico) em contraste com seu *interpretativismo* a fim de sustentar sua teoria da controvérsia, que passa necessariamente, pela observação dos seguintes desdobramentos teóricos: “*a*) a possibilidade (e a utilidade de se fazer uma descrição moralmente neutra do direito; *b*) a objetividade dos juízos morais e a sua relevância para uma *teoria normativa* do Direito; e *c*) a relação entre Direito e a Moral”³¹⁴.

Dado o refinamento sobre o debate metodológico do direito na década de 1980, acredita-se que o argumento mais reconhecido pelos principais críticos de Ronald Dworkin seja a afirmação que o positivismo é vítima do *aguilhão semântico*, em *O Império do Direito*. Para construção desse argumento, o autor ataca dois principais pilares responsáveis pela sustentação do positivismo jurídico: (*i*) a crítica da possibilidade de elaboração de uma teoria puramente descritiva do direito (*ii*) a tese da separabilidade entre direito e moral.

A armadilha do “ferrão” armada por Dworkin, servirá para explicar o “bloqueio” das teorias analíticas, que seriam incapazes de contemplar a prática jurídica sem transformá-la em uma prática convergente, distorcendo assim, o genuíno caráter linguístico do direito, da pré-compreensão, dos princípios instituidores, da teoria da controvérsia³¹⁵, dos desacordos teóricos³¹⁶ para evidenciar os limites do positivismo jurídico. Ou seja, Dworkin ataca na genealogia do erro filosófico, ao apontar que o paradigma vige as teorias do direito criteriais (fiscalistas) não reconhecem os desacordos teóricos do plano prático; para isto, ele denominará

“exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema *único e coerente de justiça e equidade* na correta proporção. E não subjugada à interesses individualistas de uma minoria que possui poder para tanto. Essas concepções são encontradas em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 284.

³¹³ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46-49.

³¹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 20.

³¹⁵

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 43.

de *agulhão semântico*. Essa alegoria é utilizada para designar os fundamentos filosóficos pelos quais os positivistas exigem que “os fundamentos do direito (*grounds of law*) sejam determinados por *consenso* (objetividade de fatos no mundo)³¹⁷”.

De modo bastante simplificado, a hipótese dworkiniana sustenta que “esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fiscalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilhamos os critérios para a sua correta aplicação”. Se essa é uma premissa correta, necessariamente implicará que “as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de *direito*”³¹⁸. O imbróglio apontado por Dworkin é que esse tipo de concepção de semântica criterial é incapaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos do plano fático e, desse modo, sendo as teorias positivistas padecentes da aferroada semântica.

Desse modo, o autor assim define:

Chamarei de “agulhão semântico” o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. *Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é divergência e de quando ela é possível*. Elas pensam que podemos discutir sensatamente (*sensibly*), um com outro, se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas proposições (*claims*) são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, apenas se ambos concordamos (*agree*), pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos discordar (*disagree*) sobre os casos limítrofes: posso chamar de “livrinho” aquilo que pra você seria um panfleto. Mas não podemos discordar sobre aquilo que chamei de *casos centrais* (*pivotal cases*). Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer discordância (*disagreement*) está fadada a ser sem sentido (*senseless*). Se essa imagem simples de situação em que um desacordo genuíno (*genuine disagreement*) é possível esgota todas as possibilidades, ela deve (*must*) aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. É então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Os advogados (*lawyers*), apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação (*claim*) sobre o direito é verdadeira, ou não pode absolutamente existir nenhum acordo genuíno (*genuine agreement*) ou desacordo (*disagreement*) sobre o que é o direito, *mas apenas a estupidez* (*idiocy*) *de pessoas pensando que discordam porque atribuem diferentes significados ao mesmo som*. O segundo termo desse

³¹⁷ Os desdobramentos do debate entre *consenso* e *convenção* é bastante complexo na obra dworkiniana. O autor trabalha particularmente em *O Império do Direito*, lugar onde tratará do *convencionalismo*, limites e condições de possibilidade sobre conceito de objetividade. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115-150. Para maior aprofundamento, conferir MARMOR, Andrei, COLEMAN, Jules e POSTEMA, Gerald.

³¹⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas (*hidden leg*) que precisam (*must*) estar lá, imersas (*embedded*), mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito

Infelizmente para essas teorias, essa imagem do que torna o desacordo possível ajusta-se mal (*fits badly*) aos tipos de desacordo que os advogados (*lawyers*) realmente têm. Ela é consistente quando os advogados e juízes discordam sobre fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei ou sobre quais eram os fatos em algum precedente judicial. Entretanto, grande parte dos desacordos no direito é teórica, não empírica. Os filósofos do direito que pensam que devem (*must*) existir regras comuns (*common rules*) tentam afastar, por meio de explicações (*explain away*), o desacordo. Eles dizem que os advogados e os juízes estão apenas fingindo, ou que discordam porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar as palavras que os juízes usam e tratá-las como se discordassem quanto à fidelidade (*fidelity*) ou à reforma do direito, e não quanto ao que é o direito.

Aí está o aguilhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve (*must*) ser o desacordo³¹⁹.

Essa passagem de Dworkin, ainda que extensa, faz-se necessária, sobretudo quanto à flagrante influência wittgensteiniana de que; não há nada escondido na linguagem³²⁰. Veja-se, que o desacerto das teorias positivistas está em justamente perquirir aquilo que supostamente está “oculto/escondido” e que aparentemente deve ser um fato no mundo, ou de outro lado, reconhecer a sua ausência, que confere ou não sentido às proposições e relegar tal verificação à autoridade do sujeito (solipsista). O “feitiço da linguagem sobre os filósofos do direito se projeta na insistência em buscar esse ‘fundamento’ último e, portanto, os impede de compreender como funciona a linguagem quando discordamos”.³²¹

Explicando melhor, a partir da má compreensão, as teorias positivistas sustentam a ideia que o juiz seria o sujeito pelo qual, no momento da aplicação do direito (lembrando que em Kelsen, o juiz faz um ato de vontade e não de conhecimento), “passaria fazer a ‘cura dos males do direito’. O que em Kelsen era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56-57. Uma visão crítica do argumento de Dworkin é apresentada em COLEMAN, Jules; SIMCHEN, Ori. *Law. Legal Theory*, Oxford, v. 9, 2003.

³²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, MS 119, p. 147: “Quando alguém pergunta ‘Como a proposição representa?’ – a resposta poderia ser: ‘Você não sabe? Você vê quando a usa’. Não há nada oculto. Como a proposição faz isso? – Você não sabe? Não há nada escondido”.

³²¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

semanticistas (vítima do aguilhão), passou a ser a salvação para as ‘insuficiências’ do direito”³²².

Veja que o padrão de *conceitos criteriais, de objetividade* (Hart) de direito até podem ser pertinentes para definir certos tipos de conceitos, bem como os conceitos naturais como *laranja, presidente, poste, nióbio (Nb)*, etc. No entanto, são inadequados pela ótica semântico-estrutural para descrever (*sic*) conceitos interpretativos, como *direito, cortesia e justiça*. Isso significa dizer, que não é viável sob o paradigma da linguagem (*ontologic turn*), admitir um acordo convencional como régua única (*consenso*) frente temas jurídicos em concreto, sobre a natureza e identidade da regra de reconhecimento.

O direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem, e assim sendo, não é razoável tratar uma teoria filosófica desses *conceitos* como sendo arquimediana: “é implausível supor que uma teoria informativa sobre a natureza de justiça pudesse ser neutra quando confrontada com questões de argumentação política substantiva”³²³. Vale dizer que, para Dworkin, a visão arquimediana forjada pelo fetiche da neutralidade, ignora o modo como os conceitos políticos funcionam na argumentação jurídica. O jusfilósofo entende que, com o conceito de direito, dá-se o mesmo que ocorre com outros conceitos políticos, como o de “liberdade”, “isonomia” ou “democracia”. As controvérsias sobre esse atributo diminuem ou não a liberdade dos cidadãos, ou sobre se o controle judicial de constitucionalidade enfraquece ou não a democracia; isso dependeria de como se compreende um conceito substantivo (e não neutro) de “liberdade” ou de “democracia.”

São discussões *substantivas*, cuja solução demanda interpretações e valorações. Não seria possível, na opinião de Dworkin, descrever essas práticas sem avaliá-las, porém, observe mais uma vez, aqui trata-se de uma avaliação construtiva de atribuições de *sentidos – que não propriamente do intérprete*. Por isso, a motivação da jurisdição em rede tem como desiderato a construção de uma unidade coerente, que para tanto, deve o seu *ser* respeitado enquanto integridade; essa é a porta de entrada para formulação da espiral hermenêutica de sentidos. A justificativa fundante do próprio ordenamento jurídico assenta-se para uma “personificação moralmente íntegra” em que o respeito com os limites democráticos e tradições morais da comunidade constitucional devam estar presentes na pré-compreensão do intérprete.

³²² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 58-59.

³²³ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 18.

Ora, se as próprias proposições jurídicas (*propositions of law*) apoiam-se sobre um acordo, onde poderíamos encontrá-las quando o que verifica-se é o desacordo? Surge mais uma vez a importância trazida por Dworkin sobre a distinção entre *proposições jurídicas* (afirmações sobre o direito e seu valor de verdade estabelecido pelas regras jurídicas) e *sobre as proposições de princípio* (que têm como condição de verdade a existência de regras válidas que assim disciplinem as regras). Essas seriam *os fundamentos do direito*³²⁴, nas quais o juiz é obrigado a invocar princípios para justificar uma decisão, e não apenas lançar seus argumentos à mera subsunção e aplicação da lógica “tudo ou nada” – em exemplo, no caso *Riggs v. Palmer*³²⁵ como o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors*³²⁶ explorado por Dworkin.

Especialmente frisamos o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors*, que teve grande influência para a incorporação do *princípio da vulnerabilidade do consumidor* no Código do Direito do Consumidor (CDC) no Brasil³²⁷. Trata-se de quando o tribunal de Nova Jersey declarou que a indústria automobilística era responsável pelos danos sofridos por um consumidor acidentado em razão de um vício do produto, apesar de ele ter assinado um contrato que continha uma cláusula excludente de responsabilidade do fornecedor. Nesse caso, a despeito de não haver nenhuma regra que autorizasse o tribunal a desconsiderar tal cláusula contratual que, dentro de uma *interpretação tradicional e formalista*, conduziria ao reconhecimento de sua validade.

No voto vencedor, reconheceu-se que o fornecedor possui uma série de obrigações derivadas de sua especial responsabilidade para com a saúde e a integridade física do

³²⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

³²⁵ Na obra *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin debruça-se sobre dois casos de grande repercussão no âmbito jurídico estadunidense. O autor trabalha sua teoria de modo a mostrar como as decisões judiciais nunca estavam baseadas num conceito de *discricionabilidade forte*, tal como defendido por Hart em *O conceito de Direito*. De modo breve, o caso *Riggs v. Palmer*, tratava de uma decisão que anulou um testamento porque o beneficiário (Elmer), neto do falecido, o matara por envenenamento para receber a herança. O tribunal de Nova York entendeu que deveria aplicar o princípio, naquele momento não expressamente motivado no sistema jurídico, de que “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza” para declarar nulidade do testamento que, do ponto de vista formal, estava *de acordo com as exigências da Lei sobre Testamentos (Statute of Wills)* daquele Estado. Para Dworkin, a invocação de um princípio (controvertido) para justificar a declaração de nulidade de uma “regra clara”, contida na legislação que garantiria validade do testamento, serviu como exemplo de que os princípios deveriam ser interpretados de forma distinta das regras em sentido estrito. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25-6.

³²⁶ *Ibidem*, p. 40

³²⁷ Que estabelece no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo será orientada pelo *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor* no mercado de consumo. “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995): I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo [...]”.

consumidor. Esse caso, novamente evidencia como os princípios devem ser pré-compreendidos segundo uma congruência argumentativa, não redutível à mera subsunção e aplicação da lógica do tudo ou nada. O que pode-se extrair sobre a construção dworkiniana sobre os desacordos reporta à natureza interpretativa dos embates morais e à questão de que o direito não pode ser concebido exclusivamente com base em suas fontes sociais. É dizer que: o direito possui uma fonte social e também uma fonte moral – de natureza argumentativa³²⁸, que subjaz nas disputas morais.

Sobre esse ponto, em específico sobre o ceticismo moral insuflado no bojo das teorias (resguardando o debate com o positivismo inclusivo, que inclui a moral, mas com certos adendos), Dworkin elabora suas considerações buscando guarida em David Hume, para quem, declarou que nenhuma descoberta empírica sobre a realidade do mundo. Ou seja, sobre como o mundo é “– nenhuma revelação sobre o curso da história, a natureza, última da matéria ou a verdade da natureza humana –, pode fundamentar qualquer conclusão sobre como ele *deve* ser, a menos que se acrescente uma *nova premissa ou pressuposto sobre como ele deve ser*”³²⁹ (grifo meu).

Eis a consequência cética radical elaborada por Dworkin, usada para solapar o ceticismo filosófico o qual alcunha de Princípio de Hume, o qual, “quando bem entendido, não apoia o ceticismo perante a verdade moral, mas sim a independência da moral como departamento autônomo do conhecimento”³³⁰ – quando dotada de seus critérios de investigação e justificação, diga-se. Quando assim elaborado, a lei de Hume nos obriga a “rejeitar o código epistemológico do Iluminista (fiscalista) no que se refere ao domínio da moral”. Dworkin ao considerar o *princípio de Hume* como “hino da Parte Um” do seu livro *A Raposa e o Porco-Espinho*³³¹, assim o faz, como meio de descrever sua independência da moral em relação à lógica metafísica.

A afirmação dessa premissa, remete mais uma vez à afirmação de que a forma específica dos seres humanos como existentes em um mundo é caracterizada por ser compreensiva. Existir é compreender. Por isso, diz-se que não há um grau zero de sentido, um posicionar-se fora do argumento, posto que o sujeito (*dasein*) está sempre, desde saída, postos em significações, como já dito, nos projetando sempre em busca de um sentido (*Heidegger*). Desse modo, até então se pode-se concluir algumas avaliações: (i) o direito é um conceito interpretativo; (ii) um conceito

³²⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 28.

³³⁰ *Ibidem*, p. 29

³³¹ *Ibidem*, p. 32.

interpretativo realiza reivindicações sobre o seu *valor* e seu *objetivo* e (iii) a legitimidade moral do direito deve ser confirmada em princípios (igualdade e autogoverno, estes originários dos princípios da dignidade humana).

Veja-se, compreendendo a prática jurídica a partir da diferença ontológica (*ontologic turn*), Dworkin irá propor um novo padrão de comparação metafórico, um novo tipo de analogia paradigmática. É dado o momento da filosofia enxadrista dar lugar à alegoria da cortesia como prática social³³². Aqui, surge o desenvolvimento elementar na reconstrução das teses dworkinianas a respeito da interpretação com o suporte da Hermenêutica Filosófica (gadameriana-heideggeriana). Ao compreender que o direito reivindica um tipo de prática interpretativa valorativa, e, essa, por sua vez, exige do intérprete a elaboração de um movimento educativo, reflexivo sobre o gênero particular que está sendo interpretado, aceita-se que esse gesto é guiado mediante a imposição de um *propósito* (*purpose*) – o valor que o gênero fornece ou deve fornecer. Essa é a razão que leva Dworkin a abandonar a analogia enxadrista, dado que o xadrez é uma prática social que não abarca a existência de uma *intencionalidade* valorativa (*point*).

O exemplo oferecido por Dworkin é elucidativo. A ver.

Em um dado contexto histórico da prática de cortesia, o paradigma vigente, ou seja, a tradição autêntica à época, foi o regramento de conduta que homens devem se levantar quando mulheres entram no recinto. Todavia, seguido o transcurso do tempo, constatou-se que as mulheres passaram a considerar tal prática um profundo *desrespeito*, nesse sentido, uma *descortesia*. Então, a prática que correspondia a um “paradigma de ontem” transformou-se no “chauvinismo de hoje”³³³.

A casuística sobre a prática da cortesia oferecida por Dworkin, se compreendida à luz da Hermenêutica Filosófica, revela os efeitos da caducidade paradigmática enquanto um modo de ser que não cabe mais à prática; um modelo inautêntico de ser que deve ser levado em conta. A transformação de paradigmas mostra um fator importante na interpretação da intencionalidade (*point*) da prática (de homens levantarem-se como cortesia) que, por sua vez,

³³² Nesse sentido, Stephen Guest contribui ao raciocínio dworkiniano, ao observar que “O caminho mais rápido para os conceitos interpretativos é por meio da ideia de algo ‘ter uma intencionalidade’ (*point*). Observe que podemos descrever uma prática sem fazer qualquer enunciado a respeito do sentido ou do propósito da prática. Assim, um relato unicamente descritivo do jogo de xadrez pode assumir várias formas; por exemplo, na sua forma mais simples, ‘empurrar peças de madeira sobre um tabuleiro’, ou, na mais refinada, ‘deslocar peças de madeira em conformidade com um conjunto específico de regras. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

³³³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 72.

continuará inválida por apenas se *adequar* ao que a prática é, pois a mera reprodução da prática não guarda mais sentido com a realidade que se apresenta (mulheres considerarem como descortesia).

Perceba-se que não é apenas a “ação de agir com cortesia”, das quais se extraem regras e parâmetros para agir, o que deve ser considerado como prática argumentativa, mas há de ser considerado também a própria atividade de argumentar e de desafiar argumentos e avaliações acerca da própria cortesia é um exercício que pertence do “jogo da cortesia”. Assim, “há aqui uma autorreflexão argumentativa. As *práticas de argumentação envolvidas nas práticas de cortesia* somente ganham sentido no interior das próprias práticas argumentativas, justificando e desafiando os significados e as concepções sobre a cortesia”³³⁴.

De fato, se aquele que compreende, encontra-se situado (*situação hermenêutica*), ou seja, não parte de lugar nenhum (*ponto arquimediano*), essa situação dependerá do conjunto de pressupostos que guiarão a sua compreensão. Por isso, a reivindicação de que o sujeito esteja de modo previamente adequado, com a *posição prévia adequada* (Heidegger), porque o seu significado do direito enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que os constituem. Tal qual o jogo da cortesia, ele não é um sistema de regras *tout court*³³⁵, ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de *autoridade, legitimação e argumentação*³³⁶.

Conforme foi salientado, as aproximações entre a hermenêutica de perfil filosófico e a teoria do Direito de Dworkin, que podem ser observadas desde o seminal *Levando os Direitos a Sério*, vão ficando cada vez mais explícitas ao longo do desenvolvimento de sua obra. Daí que, a partir de então (em especial em *Uma Questão de Princípio* e no *Império do Direito*), seus escritos passam a ser marcados por um recurso mais frequente e declarado à Filosofia da Linguagem e ao paradigma hermenêutico..

Confirmam-se os ensaios que integram o *Império do Direito*: além de recapitular argumentos sobre objetividade e interpretação, o autor desenvolve-os de forma mais sistemática numa formulação positiva do *direito como* integridade. Além disso, a partir de referências expressas à filosofia de Gadamer (além de Habermas, Dilthey e outros), o jusfilósofo norte-americano passou a desenvolver a categoria por ele chamada de “interpretação construtiva”, que tem por objeto as relações sociais (no que mais interessa para este escrito, o

³³⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

³³⁵ Significado de “sem nada acrescentar”.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 208.

Direito) e que é inegavelmente caudatária, em diversos aspectos, da hermenêutica filosófica gadameriana.

Ajustando o foco para sua interpretação construtiva, Dworkin afirma de que maneira o direito assemelha-se à literatura; um dos seus textos que talvez melhor descreva seu projeto teórico, que a interpretação jurídica pode ser compreendida como um caso particular do empreendimento interpretativo em geral. Ela assemelha-se, de forma muito particular à interpretação literária, visto que em ambas o intérprete orienta sua ação na busca de uma *intencionalidade* contida no empreendimento a ser interpretado, seja na literatura, seja no direito. Lá ele afirma que a “interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torna-lo melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele pertence”³³⁷. Desse modo, “um participante interpretando uma prática social [...] atribui valor para a prática descrevendo algum esquema de interesse ou objetivos ou princípios aos quais a prática serve, expressa ou exemplifica”³³⁸.

A passagem permite observar que a interpretação jurídica (e literária) envolve, para Dworkin, o estabelecimento de uma *atitude interpretativa*. Essa, conforme indicado de maneira bastante enfática, envolve a “imposição de um propósito a uma prática ou a um objeto”, ideia confessadamente tomada de empréstimo de Hans-Georg Gadamer. A partir dos que foi explicitado no capítulo destinado ao círculo hermenêutico da compreensão, obviamente não se trata da escolha e da imposição arbitrária e subjetiva de um propósito estranho à natureza da prática interpretada. Dworkin refere-se aqui à *exigência de um engajamento do intérprete na tarefa construtiva de descobrir, encontrar, descrever e atribuir uma intencionalidade à prática*³³⁹.

Pois bem, ao atribuir à prática da cortesia o desígnio de melhor alegoria para compreender o direito, pelos argumentos recém apresentados, agrega-se uma composição importante para os fins que justificam este tópico: a figura do *porco-espinho cortês*. Agrega-se o elemento do porco-espinho à prática da cortesia como modo de agregar um aspecto importante à intencionalidade (*point*) de atribuição de *significado*, recordando que o porco-espinho como personificação da *unidade do valor* (constitucional) será, dessa maneira, o responsável por unir os demais valores sensíveis ao seu *point*. Explicando melhor, Dworkin sugere que as pessoas assumem uma “atitude interpretativa” com relação aos fatos sociais, composta por dois

³³⁷ DWORKIN, Ronald. “How law is like literature”, em Dworkin, Ronald, 1985, p. 146-166. Tradução brasileira: DWORKIN, Ronald, 2005, p. 217-249. p. 52.

³³⁸ Ibidem, p. 46-7.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66.

pressupostos: o “valor” (*value*), querendo significar que determinada prática social tem alguma *finalidade*; trata-se, pois de um processo de imposição (atribuição) de *significado* a uma instituição para em seguida reestruturá-la de acordo com esse significado, que levará à conclusão de que “*valor e conteúdo se confundem*”³⁴⁰. Essa prática envolve uma autorreferencialidade ou *circularidade*³⁴¹, contudo, essa circularidade não é tautológica (Dilthey), mas é interpretativa (Gadamer).

Ao desenvolver essa hipótese de inevitável circularidade (da) hermenêutica na prática cotidiana, faz-lhe afirmar que “se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”³⁴². Adiante, o autor arremata que a interpretação das práticas sociais, na verdade, “preocupa-se essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete”³⁴³. Com isso ele não quer dizer, obviamente, que um intérprete “possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] do ponto de vista construtiva, a interpretação criativa é um caso de interação entre *propósito* e *objeto*”.

Essa “interação entre propósito e objeto” é que envolve o intérprete e a *responsabilidade* de promover aquele *valor* (lembre-se, trata da grande coisa que o porco-espinho sabe - *the unity of value thesis*). Isso é: a imbricação entre o pensamento de Dworkin e a hermenêutica filosófica há na interpretação construtiva um caráter holístico, trata-se, pois de um processo de atribuição de uma *intencionalidade* a uma instituição para em seguida estruturá-la de acordo com esse significado, na qual “valor e conteúdo se confundem”³⁴⁴.

O jusfilósofo norte-americano salienta, porém, que, se é verdade que a interpretação construtiva “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”, daí não decorre o que o “intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 228.

³⁴¹ Ibidem, p. 53. Existe uma inevitável *circularidade hermenêutica* no pensamento de Dworkin, na medida em que numa atividade interpretativa sobre um conceito interpretativo não podemos nos situar completamente fora do jogo hermenêutico. Não existe um exterior à interpretação, um olhar de fora, um ponto de vista arquimediano, que nos permitisse descrever de fora do empreendimento interpretativo praticado nessas situações. Ibidem, p. 53.

³⁴² Ibidem, p. 58

³⁴³ Ibidem, p. 60.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 58.

que desejaria que fossem; isso porque a “história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos”³⁴⁵.

Essa “coerção” exercida pela história em relação ao intérprete pode ser entendida à luz daquilo que Gadamer chama de “a autoridade da tradição”. De acordo com o pensador alemão, o que é consagrado pela tradição, tal como a educação e a realidade dos costumes, possui “uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”³⁴⁶. O argumento de Gadamer é que, ao lado dos fundamentos da razão, a tradição “conserva algum direito”, na medida em que “determina amplamente nossas instituições e comportamentos”; essa validade nos determina “de modo espontâneo” e, nesse sentido, “não necessita fundamentos racionais”³⁴⁷. O que não quer dizer, repare-se, que haja uma oposição entre tradição e razão. É, puramente, que a tradição é conservação e conservação é um ato de razão.

A tradição mais autêntica não se estabelece por inércia, mas deve ser afirmada, assumida e cultivada. Desse modo, “encontramo-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio”; do contrário, “trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição”³⁴⁸.

É possível aproximar o conceito gadameriano de “autoridade da tradição” com a “atração” exercida pela integridade do Direito em Dworkin. Atentemos para o fato de que, na metáfora do *romance em cadeia*, o *romancista continua* o romance, ao invés de inaugurar um novo livro. O juiz é *romancista na cadeia*, alguém que *conserva* a história institucional do Direito, ao mesmo tempo em que tenta dar a essa, a melhor interpretação possível para o futuro (a que melhor realize os valores que representam a intencionalidade daquela prática). Aliás, Dworkin dá razão a Gadamer quando esse apresenta “a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas”³⁴⁹.

³⁴⁵ Ibidem, p. 64.

³⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004. p. 372.

³⁴⁷ Ibidem, p. 371-3.

³⁴⁸ Ibidem, p. 374.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 75.

Outro ponto de aproximação entre Gadamer e Dworkin que precisamos tomar em consideração, ainda neste capítulo, diz respeito às concepções gadameriana de “pré-compreensão” e de “preconceitos”. Observamos alhures que, para o jusfilósofo norte-americano, uma interpretação, que é um fenômeno social, *só é possível* quando selecionamos um gênero (uma prática social) a partir do qual interpretar; que essa seleção depende de suposições sobre os objetos e valores que orientam o referido gênero; e que essas suposições, ainda que necessárias, são frequentemente inconscientes.

Comparem-se essas premissas, ainda uma vez, com as teses de Gadamer, para quem a compreensão *só é possível* quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. Isso significa, que, por um lado, o intérprete já *orienta* o texto *por* alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta; e que, por outro, à compreensão de um texto liga-se um *interesse* na compreensão. Por sua vez, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade³⁵⁰. Por meio da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao estado atual de consciência do intérprete – o que faz com que o texto transforme-se sucessivamente num texto diferente, de modo que a interpretação não será, jamais, meramente reprodutiva³⁵¹.

Note-se, pois, que toda a compreensão depende dos *preconceitos*, da conceitualidade prévia do intérprete. A questão não é, pois, eliminá-los, mas torná-los conscientes. Nessa vereda, Gadamer afirma que “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar a sua verdade com as opiniões prévias pessoais”; donde a sua conhecida máxima de que “quem quer compreender um texto, deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa³⁵².”

Essa concepção tem grande importância na interpretação constitucional dworkiana, uma vez que o sujeito só consegue interpretar a partir de determinados pressupostos, é verdade; mas estes pressupostos não devem “assujeitar”, subjetivando, o material interpretado. A interpretação correta decorre de uma fusão entre os horizontes do texto (sempre lembrando que o Direito e sua história institucional assumem, aqui, o estatuto de “texto”), que é um evento, e

³⁵⁰ SCHOROTH, Ulrich. *Hermenêutica Filosófica e Jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 383.

³⁵¹ SCHOROTH, Ulrich. *Hermenêutica Filosófica e Jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 383.

³⁵² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004. p. 358.

o horizonte do intérprete, também situado historicamente. Para além da relação sujeito-objeto (e da concepção absoluta e fisicalista de mundo), portanto, a interpretação dá-se intersubjetivamente. Apresentar o material interpretado em sua melhor luz (*in its best light*) é uma atividade, nesse sentido ambivalente: depende de uma interação entre propósito (como se viu, propósitos atribuídos pelo intérprete) e objeto (reinterpretado em vista desta *intencionalidade*).

3.2.1 “Vai tudo bem” na Antígona tupiniquim? Uma resposta por *princípio*

Há um livro escrito pelo jornalista britânico Alan Riding, de título *Paris a Festa Continuou*, em que o autor alude sobre cena cultural de Paris enquanto a mesma estava sendo acometida pela ocupação nazista. Durante a estória, há uma curiosa passagem, que conta sobre uma cantiga popular do ano de 1936, escrita por Paul Misarki e interpretada pelo francês de jazz Ray Ventura, de nome *Tout va très bien, Madame La Marquise* (“tudo vai bem, Madame La Marquise”)³⁵³.

O fato é que a cantiga desvelava aquilo que a França da época simulava não perceber: a tragédia anunciada que se avizinhava na cidade. Conforme conta a canção, Madame La Marquise ausenta-se da cidade e durante seu afastamento, confia a James que lhe mantivesse informada sobre “o que ela iria encontrar no seu retorno”. Pois bem, embora um incêndio tomara conta de seu castelo, devastando os estábulos, matando a sua égua favorita, além de seu marido suicidar-se, James garante a ela que: “*tout va très bien, Madame La Marquise*”. Ou seja, tudo ia bem, não havia com que se preocupar.

Importa-nos esse introito para já adiantar de saída, nos limites deste espaço, que não se pretende assumir uma postura ao modo James quando for lançada a pergunta se vai tudo bem na realidade jurisdicional brasileira. O que se quer aqui é apresentar um trabalho que contribua para um sistema judiciário mais democrático, com decisões que contenham um adequado grau de previsibilidade, em que a equanimidade seja o ponto de estofa e para que um Judiciário com esse desiderato contribua para o amadurecimento democrático no Brasil. Adiantando o que será detalhado adiante: que a realidade brasileira seja mais inspirada pelos ideais *creontinos* de República que à justiça privatista de Antígona.

Em frente, pois.

³⁵³ Tradução minha.

A confrontação deste escrito chega aqui em um ponto de maior tensão crítica. Ao longo do percurso, procurou-se fundamentar a tese de que há respostas jurídica e democraticamente corretas em Direito. Deu-se ênfase até este ponto ao aspecto *substantivo* da proposta da resposta correta, defendendo a tese da jurisdição em rede; comprometida com a construção das condições pré-compreensivas e materialização do direito e da prática interpretativa coerente e integrativa.

De forma agregar este escrito, em especial, focando em como o Poder Judiciário vem assumindo uma postura de protagonista na realidade brasileira, elencará cinco pressupostos elaborados por Lenio Streck, que por forte influência de Ronald Dworkin, organizou o que seria *um conjunto mínimo de princípios a serem respeitados no interior da decisão judicial*. Explicitando-os analiticamente. A saber: *a)* preservar a autonomia do Direito; *b)* o controle hermenêutico da interpretação constitucional; *c)* o efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito; *d)* dever fundamental de justificar as decisões; e *e)* o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada³⁵⁴

Nas palavras do professor Streck, uma decisão deve, assim, passar pelo filtro desses cinco princípios, devendo ser respondidas as seguintes perguntas:

- a) Está sendo respeitada a autonomia do direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune a predadores endógenos e exógenos do direito?
- b) Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história constitucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o direito”, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?
- c) Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* dessa decisão possui um caráter de universalidade?
- d) Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?
- e) Essa decisão está respeitando o direito fundamental visando a melhor resposta a partir do direito, sendo portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013, p. 329-48.

com fundamento no direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?³⁵⁵

Como se percebe, esses cinco princípios/perguntas propostos pelo jusfilósofo gaúcho possuem uma evidente influência da obra dworkiniana, alinhado ao que consiste uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica. O intuito é que este capítulo (assim como todo corpo da dissertação) fosse lido sob essa perspectiva. Nada mais do que isto.

Pois bem.

Um artigo publicado pela *Foreign Affairs*, revista científica norte-americana sobre relações internacionais, de título *The End of the Democratic Century*³⁵⁶ (O fim do Século Democrático³⁵⁷), os autores Yascha Mounk e Roberto Stefan Foa explicam que a emergência de regimes autocráticos e autoritário, em escala global, é uma resposta à(s) crises(s) econômicas e institucionais das democracias liberais. O referido artigo é trazido à tona para abrir alas ao que defende ser também compartilhado na realidade jurisdicional brasileira. Se é notório que a ascensão de um Poder Judiciário protagonista, iluminista, tem sido cada vez mais difundida e, *aplaudia* (tanto na prática forense, quanto na mídia), também nos leva à evidência que esse fator é, em grande medida, uma resposta à crise político-institucional que assola o Brasil³⁵⁸.

Quanto ao cenário atual, eleger-se-á como ponto de partida (e também o de chegada) algumas controvérsias sobre a investigação, ainda em andamento, do Ministério Público Federal e da Polícia Federal envolvendo corrupção no Brasil: a *Operação Lava Jato*. Contudo, não irá se ater propriamente na operação (*stricto sensu*) e seus desdobramentos, mas particularmente na atual situação de hamartia (ἀμαρτία³⁵⁹), após divulgações de diálogos comprometedores envolvendo agentes públicos, divulgados pelo virtual *The Intercept*. A

³⁵⁵ Ibidem, 346-7.

³⁵⁶ MOUNK, Tascha; FOA, R. Stefan. *The End of the Democratic Century: Autocracy's Global Ascendance*. *Foreign Affairs*, Nova York – EUA. may/june 2018. Acesso: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-04-16/end-democratic-century>

³⁵⁷ Tradução livre.

³⁵⁸ STRECL, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 167.

³⁵⁹ “*Hamartia*” é um erro cometido pelo personagem de uma tragédia, que resulta na peripécia (*peripéteia*). O termo aparece na Poética de Aristóteles, por isso também é conhecida pelos nomes de *falha aristotélica* e *erro trágico*. Filomena Yoshie Hirata. *A hamartia aristotélica e a tragédia grega*, UFRJ. <http://www.ifcs.ufrj.br/~afc/2008/FILOMENA.pdf>. Consultado em 4 de junho de 2019.

publicação dos vazamentos, alcunhados como *Vaza Jatao*³⁶⁰, de fonte anônima, dizem respeito a conversas em aplicativo (*Telegram*) entre o ex-juiz Sérgio Moro e o promotor Deltan Dallagnol no âmbito da Operação Lava Jato, com evidências de “discussões internas e atitudes altamente controversas, politizadas e legalmente duvidosas da respectiva força-tarefa”³⁶¹.

Ainda que não se pretenda adentrar nos desdobramentos desse conturbado episódio para as instituições brasileiras, o fato é que o “furo” jornalístico trouxe à tona, com os diálogos ocorridos entre 2015 e 2018, a evidência de articulação e cooperação entre juiz e o promotor³⁶². A questão inegável, é, concordando com Lenio Streck, que após o conhecimento do material exposto pelos vazamentos, “o direito brasileiro nunca mais será o mesmo”.³⁶³

Uma vez divulgadas, as transcrições sugerem que Sérgio Moro (ex-juiz da operação) e atual Ministro da Justiça, *cedeu* informações privilegiadas à acusação³⁶⁴, *auxiliando* o Ministério Público a construir casos, além de *orientar* a promotoria³⁶⁵ e, como *sugeriu* modificação nas fases da própria operação Lava Jato. Os vazamentos também apresentaram *cobranças* de agilidade processual em novas operações, *conselhos estratégicos* (*sic*), bem como *antecipações* de (ao menos uma) *decisão*. Frente ao acontecimento, Sergio Moro apresentou três versões diferentes sobre os diálogos do *Intercept Brasil*. Disse o ex-juiz: (i) não ver “nada demais” nas mensagens publicadas pelo site; (ii) posteriormente, confessou ter havido “descuido” nas conversas em que aparece *orientando* o procurador Deltan Dallagnol a fraudar uma notícia crime, cobrando mais resultados das operações – bem como *orientando as*

³⁶⁰ Geenwald, Glen; Pougy, Victor. ‘Maftosos!’: Exclusivo: Procuradores da Lava Jato tramaram em segredo para impedir entrevista de Lula antes das eleições por medo de que ajudasse a ‘eleger Haddad’. **The Intercept**, 9 de junh. 2019.

³⁶¹ Pormenorizar os detalhes revelados pelos respectivos vazamentos não é objeto dessa dissertação, apenas a avaliação de alguns aspectos conflitantes sobre legalidade e devido processo legal, por parte dos funcionários públicos envolvidos, que provocam contraste com a *responsabilidade política e uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica*, defendida nesse escrito.

³⁶² Quanto à autenticidade do material, ao exame dos veículos de comunicação: Veja, El País, Correio Braziliense, BuzzFeed News, jornalista Reinaldo Azevedo da Band News, Folha de S. Paulo, os quais tiveram acesso do material na íntegra, autenticaram a veracidade; bem como procuradores citados nas divulgações, bem como o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, envolvido em um dos fatos levados a público, confirmou a existência do fato de ter encontrado o ex-juiz Sérgio Moro e o procurador Deltan Dallagnol, em um jantar em sua casa, que por sua vez, foi realizado, nas palavras do Ministro do STF, resguardada a “máxima descrição”. DEMORI, Leandro; GREENWALD, Glenn. Anunciamos nossa parceria jornalística com a Folha no arquivo da Vaza Jato – e as impropriedades reveladas na primeira reportagem conjunto com o Jornal. **The Intercept**. 23 de Junh. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/23/intercept-folha-vaza-jato-moro-lava-jato/>

³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Lavajatogate*: Com hackers ou X9, o Direito nunca mais será o mesmo! **Consultor Jurídico**, 11 de junh. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/lenio-hackers-ou-x9-direito-nunca-mesmo>

³⁶⁴ *Dallagnol não tinha certeza de provas contra Lula, mostram mensagens*. Uol. 10 de Junho de 2019.

³⁶⁵ *Reportagem vaza conversas “legalmente duvidosas” entre Moro e Dallagnol*. Correio do Povo. 09 de junho de 2019.

negociações de acordos de delação premiada; e (iii) disse que deletou as conversas de seu celular e não tem mais os arquivos. Essa mesma justificativa foi arguida por Dallagnol.

A questão que se debruça é, que, pós a derrocada de conteúdos provenientes do vazamento, em audiência do Senado, o ex-juiz Moro e parlamentares aliados, arrazoam pela própria boca que: é da tradição (*sic*) jurídica brasileira “essa coisa” de “comunicação entre juiz e procuradores”. E mais, também disse que “quem está lá dentro sabe bem como funciona”³⁶⁶. Perceba-se, tudo que foi discorrido até então; sobre a decisão ser pautada por princípios, sobre a necessidade de uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica, sobre como reflexos autoritários de uma decisão solipsista ferem de morte o princípio da imparcialidade e do devido processo legal. Depois de anos de árduas conquistas civilizatórias, compreende-se o quão frágil a nossa democracia (ainda) é. A declaração do ex-juiz soa, no mínimo ofensiva, não somente a toda classe de magistrados brasileiros, como também solapa a estrutura do Estado Democrático de Direito por dentro do próprio Estado Democrático de Direito.

Ora, tem razão o advogado criminalista Fernando Fernandes em petição defensiva contra as arbitrariedades da operação Lava Jato³⁶⁷ e em defesa da imparcialidade do órgão julgador e do devido processo: “Se é normal (*sic*) que juízes e procuradores falem de fatos processuais de modo como o *Intercept Brasil* mostrou, *então deveria ser igualmente normal que a defesa tivesse acesso e participasse desse ‘butim processual’*” Não se trata de convicções, nem de conceitos abstratos do direito. Trata-se de dar à outra parte, a defesa, o mesmo direito que teve a acusação – *isonomia*, pois.

Mais do que isso, trata-se da própria situação pré-compreensiva da Constituição ao impor os limites ao texto. Há um limite hermenêutico, de modo a preservar sua tradição constitucional. São as condições pré-compreensivas que o intérprete deve examinar, buscando o melhor sentido que preserve as dimensões de dignidade humana (princípio kantiano de *dignidade como fim* e não como *meio*). Entenda-se: é o conjunto de pressupostos que integram o direito de todos a um *devido processo*, quando enuncia que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Veja-se que a Constituição faz referências expressas a algumas garantias processuais (é o caso do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV). A Constituição deve ser interpretada como uma rede coerente,

³⁶⁶ MORO. Sergio. Sergio Moro no Senado: cobertura especial. Brasília. 19 de junh. 2019. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=454742>

³⁶⁷ <https://www.conjur.com.br/dl/peticao-paulo-okamoto.pdf>.

e aos dispositivos que tratam das coisas processuais devem sustentar-se reciprocamente – não há devido processo sem ampla defesa; não há ampla defesa sem contraditório e assim por diante. Disso que se trata a alegoria da “única, mas importante coisa” a qual o porco-espinho sabe muito bem, mesmo frente às ameaças plurifacetadas da raposa. Pois ainda que a “raposa saiba de muitas coisas”, ela nada pode fazer, quando o porco-espinho morfa-se em uma bola *una*, ouriçando seus espinhos para todas as direções, impossibilitando assim, o bote de sua predadora.

Após a divulgação dos diálogos entre procuradores e o ex-juiz Sergio Moro, o professor Lenio Streck publica no periódico eletrônico Consultor Jurídico algumas questões, que para o jusfilósofo, parecem estar consensuadas:

- Primeiro, que as conversas configuram relações promíscuas e ilegais entre juiz e membros do Ministério Público;
- Segundo, houve a violação de comezinhos princípios éticos e jurídicos acerca do devido processo legal;
- Terceiro, ficou claro que a defesa foi feita de trouxa pelo juiz e pelo MP, porque combinaram esquema tático sem que essa imaginasse o que estava ocorrendo (a defesa pediu várias vezes a suspeição do juiz);
- Quarto, o juiz visivelmente atuou na acusação, violando o princípio acusatório; o juiz chegou a sugerir a oitiva de uma testemunha e cobrou mais operações policiais; como diz o jornalista Ranier Bragon, as conversas não dão margem a dúvida: o juiz tomou lado.
- Quinto, o conteúdo dos diálogos não foi negado

Relembrando que, apurar as condutas dos servidores públicos envolvidos no evento da *Vaza Jato*, não é objeto deste capítulo. Dado que os desdobramentos de tal fato ainda estão em curso, o intuito por ora, é de apenas registro daquilo que está sendo considerado o “maior escândalo da Justiça brasileira pós-1988³⁶⁸”. Tais conjuntos de práticas classificadas pelos envolvidos, como “praxe do *métier* jurídico”, na verdade corrompem o devido processo legal, quando aqueles que possuem o *dever de contraprestação dos seus atos (accountability)*, de agir de acordo com a *responsabilidade moral* instituída nos limites do agir constitucional não o fazem.

O que pensaria Dworkin se assistisse a esses acontecimentos sobre o Poder Judiciário no Brasil? Seria o jusfilósofo conivente com o atropelo da legalidade e seu consequencialismo *ad hoc*? Escolheria o Direito ou a barbárie? E mais, o que diríamos à Madame La Marquise

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Os fins justificam os meios? No Direito não! Mas na “lava jato”, sim!, **Consultor Jurídico**, 24. Junh. 2019. <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>.

caso fosse-nos questionado sobre a realidade jurisdicional brasileira? Seguiríamos a postura de James, de que tudo vai bem? Eis a questão:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que foram guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avalia-las e não por suas preferências pessoais ou políticas³⁶⁹

Nessa linha de raciocínio, Lenio há muito já adverte que “o pragmatismo pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante ‘estado de exceção hermenêutico’”. Sendo assim, o reflexo para o direito é de que: “o juiz é o protagonista que ‘resolverá’ os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos”³⁷⁰. Dar eco a esse ideal de um Judiciário Iluminista, “encarregado de carregar a história”, para usar as palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso³⁷¹, é endossar uma tese anti-hermeneutica, que por sua vez, coloca em segundo plano a produção democrática do direito ao relegar as decisões judiciais à tirania de decisionismos morais do sujeito-juiz.

Seguindo, Sérgio Moro à época das condutas e o procurador da força-tarefa não negaram a existência dos diálogos, portanto, na medida em que o Código de Processo Penal é claro em postular que é suspeito (*artigo 254 do CPP*) o juiz que aconselha parte e isso é causa de nulidade absoluta, parece que não restará outro caminho que o da anulação das ações penais envolvidas na condenação penal *ab ovo*. Isso se ainda houver juízes no Brasil³⁷².

Ainda nesse ponto, cabe exibir a ilustração do conceito de parcialidade e/ou suspeição de Roberto Pompeu de Toledo, publicado na revista *Veja*: “Quando [o juiz] sugere a uma [das partes] que vá atrás de determinadas provas, age como juiz de futebol que, tomado pelo ardor

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 148.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora: São Leopoldo: UNISINOS 2012.

³⁷¹ Frase extraída da declaração do ministro Barroso publicada pelo portal Jota: mesmo produzindo desgastes, “a gente tem que empurrar a história e fazer aquilo que acha certo”. Nessa mesma, também o ministro repetiu a sua tese de que o STF é a vanguarda iluminista (sic): “Além de o Brasil estar vivendo este momento relativamente convulsionado, o próprio Supremo vive um momento complexo, não pela decisão da semana passada [que manteve Renan Calheiros na presidência do Senado], mas o STF tem um papel importante no Brasil, que é um pouco de fazer avançar alguns determinados processos sociais, eu diria até fazer avançar com algumas doses de iluminismo em domínios onde ele ainda não chegou. E é difícil”. Disse ainda: “Não importa se as pessoas não gostam do aumento da subjetividade na atuação do Poder judiciário. Ela é inevitável. Há uma nova realidade que expande esse papel do Judiciário.” (grifo meu). https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/stf-vive-momento-complexo-diz-barroso-12122016

³⁷² Paráfrase da célebre passagem do conto *O Moleiro de Sans-Souci*: “Isso seria verdade, se não houvesse juízes em Berlim”.

torcedor, ousasse um passe para o atacante na cara do gol”. De fato, o Judiciário não pode adotar uma postura consequencialista, algo do tipo “o fato está consumado” e/ou “que seria inviável anular uma ou mais ações penais”. Um estado que se pretenda Democrático de Direito não negocia com nulidades. Doa a quem doer. Aqueles que vestem a toga, que habitam o *parquet* têm o húmus público, uma *responsabilidade política (accountability)* frente ao cargo que exercem. Cada vez que alguém – sob os auspícios do Estado – extrapola e deturpa os limites dessa função, não é o partido A que perde, não é o político B que perde, nem a Madame La Marquise que perde – é toda uma sociedade que perde! Quando agentes públicos, políticos e quejandos utilizam-se de suas atribuições de forma subterrânea para corromper o sistema legal, valendo de artimanhas ilegais sob o pretexto de combater ilegalidades, toda sociedade perde.

Abrindo um paralelo à conjuntura brasileira, pode-se estabelecer um contraste com a resposta de Dworkin, desde *Levando os Direitos a Sério* de que: *a decisão jurídica deve ser gerada por princípios*. Essa distinção traçada, como já foi trabalhado, é o que o autor chama de decidir com base em *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. Sendo assim, viu-se que “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo”, ao passo que “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”³⁷³.

Essa diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, como já se viu, num sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política (*tese da unidade do valor ilustrada no porco-espinho*). Entenda-se, pois, que ambos os argumentos de princípio são, sim, “políticos” num sentido mais abrangente. Pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)³⁷⁴. Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”.

Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos (*deontológicos*, vinculativos), em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionados ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”, ou, ainda: “os

³⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 229.

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

princípios são proposições que prescrevem direito; as políticas são proposições que prescrevem objetivos³⁷⁵.

O fato a destacar aqui é que a afirmação de que as decisões jurídicas devem ser geradas *por princípios*, está ligada, para Dworkin a sua concepção de *legalidade* (*legality* ou Estado de Direito), que está situada, lembrando, no âmbito de uma teoria do Direito em que a *integralidade política* é um valor nuclear. Como já se viu, segundo o jusfilósofo, os membros da comunidade política têm direito a uma extensão coerente, e *fundada em princípios*, das decisões políticas do passado; no fio dessa *jurisdição em rede*, as decisões decorrem do conjunto de princípios de forneçam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

A integridade, portanto, é uma exigência da moralidade política de um Estado que deve garantir às pessoas sob seu domínio, igual consideração e respeito, vetores do princípio da dignidade humana (*princípio de kant*). Nesse sentido, a coerência de princípios pela integridade assegurada é uma *condição de legitimidade* da coerção oficial, uma questão de *autoridade moral* das decisões coletivas. Daí, por que, parafraseando Dworkin, defende-se que o ideal brasileiro de que um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política³⁷⁶.

Note-se, a literatura pode auxiliar na compreensão de grandes dilemas contemporâneos sobre a interpretação da lei, sobretudo, a compreensão do trágico pelo direito. Sérgio Buarque de Holanda, na sua obra *Raízes do Brasil* (1930)³⁷⁷, elabora uma leitura singular sobre a tragédia *Antígona*, de Sófocles, que é dado a Creonte o papel de defensor dos interesses da comunidade política em contraste aos interesses familiares de Antígona. Durante o desenrolar, ambos personagens defendem conceitos opostos de *nomos* (norma, lei); aporias diversas do direito natural *versus* o direito positivo; os tipos de justiça grega *Thémis* (justiça divina) e *Diké* (comprometida com o humano, fruto da equidade)³⁷⁸. Entretanto, o interessante é que, enquanto Antígona prioriza o interesse familiar em detrimento às leis da *polis*, por outro lado, Creonte lança mão de valores públicos da comunidade política em oposição aos interesses privatistas e anunciou que: “se qualquer um tiver mais consideração por um de seus amigos que pela pátria, esse homem eu desprezarei”.

³⁷⁵ Ibidem, p. 142.

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2-4.

³⁷⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³⁷⁸ TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Organizadores). *Direito e Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 125.

Conforme essa narrativa, o Creonte de Sérgio Buarque interpreta a noção abstrata e impessoal da *polis*. Isso é dizer que, a figura de Creonte representa a importância do fortalecimento das instituições públicas com vistas à preservação de um regime democrático – e a preservação de um *Estado despersonalizado*. Com outras palavras: se desempenhasse a função de juiz, Creonte decidiria por princípios e não por convicções pessoais e pela teoria creontiana, exaltaríamos a figura da deusa *Diké* ao invés de *Thémis*.

Isso explica a escassez de Creonte na realidade brasileira. É dizer, quando o Poder Judiciário auto delega-se a missão (*sic*) de “empurrar a História” – seja dado a isso a denotação de “concretizar direitos”, “dar cabo à impunidade”, “ouvir a voz das ruas³⁷⁹”, “corresponder aos sentimentos da sociedade³⁸⁰” o que há na verdade, é uma *arbitrariedade* flagrante de *ilegitimidade democrática*. Vale recordar, que em nome de “concretizações sociais” já houve muita atrocidade sob o verniz de legalidade.

O que dizer do famoso caso da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Dred Scott V. Sandford*, de 1857, que justamente por instrumentalização de um protagonismo judicial, sentenciou as pessoas de ascendência africana (importadas para o país e mantidas como escravas, ou os seus descendentes, quer fossem ou não escravos) não estavam protegidos pela Constituição dos Estados Unidos e nunca poderiam se tornar cidadãos daquele país. Ou seja, Roger B. Taney, por meio de malabarismos interpretativos, fundamentou sua decisão na *Bill of Rights*, deturpando “valores” que serviram de subsídio para seu argumento que os afro-americanos não eram dignos de cidadania. Não indo tão longe na história, nem no globo, basta lembrar que no Brasil, o cangaço também ocorreu sob o pretexto de acabar com a corrupção. *Antígona versus Creonte*.

Sem a autonomia, sem o *império da Lei*, o direito é meio para qualquer fim – e no direito os fins não podem justificar os meios. Mas, se assim for, não será mais direito.

O Judiciário deve fazer o que o Judiciário deve fazer: garantir que se respeite que se cumpra a Constituição. O judiciário não irá salvar o país – e nem deve fazê-lo, porque salvar o país não é o seu papel.

³⁷⁹ Sobre a fala do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, onde ressaltou que a corte deve: “ouvir as vozes das ruas para julgar”. SEMER, Marcelo. Luis Roberto Barroso o dono das ruas. 3 set. 2018. **Revista Cult**, São Paulo, Seção Política, 3 set. 2018. Endereço: <https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-o-dono-das-ruas/>

³⁸⁰ Fala do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, ao sustentar sua decisão em favor da prisão em segunda instância. <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>

4 CONCLUSÃO

Defendeu-se ao longo desta dissertação a ideia de estabelecer bases conceituais, tomando por fio condutor a ligação entre o pensamento de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, para identificar mecanismos teóricos habilitados à construção de uma decisão jurídica democrática, que seja apropriada para realidade brasileira.

Neste escrito tentou-se apresentar, que a conversação teórica entre os autores é a base mestra para que seja apresentado posteriormente o tema da unidade do valor (*the unity of value thesis*) dworkiniana, essa personificada pelo porco-espinho como um monista, ou seja, uma teoria geral da interpretação do direito que seja integrada e coerente. Então, juntamente com Dworkin ao aceitar o direito como um conceito interpretativo, foi proposta uma interpretação que *una* esses valores por meio da *applicatio*, formando uma *rede jurisdicional* em que cada valor (que é sempre um valor normativo e autêntico) suporta o outro, em relação de reciprocidade.

Desse modo, *a jurisdição em rede para porcos-espinhos* foi apresentada como um movimento dirigido, assim, à unidade interpretativa a fim de possibilitar o encontro de respostas corretas em direito, visando não apenas aprender com estas, mas também harmonizá-las, teoricamente, com as premissas do constitucionalismo adequado para o Brasil. Assim, esta investigação estabeleceu premissas e conclusões:

I – na medida em que há um giro ontológico e na medida em que a filosofia faz essa virada *para* a hermenêutica, isso implica que todas essas disciplinas (epistemologia, ciência, lógica, filosofia prática, e também a ciência do direito) deixarão de serem vistas como primeiras. Então, dedicar-se a problemas epistemológicos, dedicar-se à teoria da ciência, dedicar-se à lógica numa filosofia que se orienta hermeneuticamente é já estar em um nível de disciplinas derivado, ou seja, são dependentes daquele núcleo de problemas em que sempre se situa o paradigma hermenêutico, referindo-se, então, à guinada (*kehre*) da viragem hermenêutica (*hermeneutic turn*). Nesse sentido, todas as disciplinas derivadas dos campos de problema das múltiplas ciências humanas são vistas como sendo problemas do conhecimento. Assim, compreensão deixa de significar, em primeiro lugar, no seu sentido mais básico um conjunto de operações que o sujeito ou agente cognitivo faz e passa a reportar-se a uma estrutura ontológica. Isto é um ponto muito fundamental, na medida em que o significado do termo compreensão e interpretação são predominantemente relacionados como “aquisição de

informação”, “cognição” e assim por diante. Em outras palavras, a conexão da hermenêutica com a ontologia não é apenas entre *compreensão* e *interpretação*, que é a estrutura do ser humano, mas é porque essa estrutura do ser humano condiciona toda e qualquer investigação filosófica, inclusive a investigação filosófica no campo prático do direito.

II - Subscreeve-se o entendimento de Ronald Dworkin de *democracia constitucional* (*partnership conception*), podendo ser lida no conjunto de sua obra também como “democracia em parceria”, que aparece na literatura do autor como meio de reforçar o caráter antimojoritário do constitucionalismo contemporâneo. Isso passa, pois pela concepção *substancialista* (Dworkin, Tribe) preocupada com a concretização de direitos no plano material. A questão jurídica por excelência vincula-se obrigatoriamente à epistemologia da responsabilidade moral daquele que interpreta, isso é, em levar a prática argumentativo-substantiva a sério para o caso concreto. Essa condição é denominada por Dworkin como “condições democráticas”, por meio das quais garante aos membros da comunidade, *igual consideração* e *respeito*. Perceba-se que, o núcleo da teoria moral dworkiniana, é possível identificar uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano. Mais do que isso, trata-se da própria situação pré-compreensiva da Constituição ao impor os limites ao texto. Há um limite hermenêutico de modo a preservar sua tradição constitucional. São as condições pré-compreensivas que o intérprete deve examinar, buscando o melhor sentido que preserve as dimensões de dignidade humana (*princípio kantiano de dignidade como fim e não como meio*). Entenda-se: é o conjunto de pressupostos que integram o direito de todos a um *devido processo*, quando enuncia que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV).

III - A aproximação dialógica entre Gadamer e Dworkin foi a base mestra para que a partir do tema da unidade do valor (*the unity of value thesis*) dworkiniana, essa personificada pelo porco-espinho como um monista, ou seja, uma teoria geral da interpretação do direito tivesse sua construção guiada pelo centro gravitacional da *responsabilidade* e da *integridade* interpretativa. Então, junto com Dworkin ao endossar o direito como um conceito interpretativo, defendeu-se uma interpretação que *unisse* os valores autênticos por meio da *applicatio*, formando uma *rede jurisdicional* em que cada valor (que é sempre um valor constitucionalmente adequado) suporta o outro, em relação de reciprocidade. Desse modo, defendeu-se que a jurisdição em rede para porcos-espinhos é um movimento dirigido, assim, à unidade interpretativa a fim de possibilitar o encontro de respostas corretas em direito.

IV - Por isso, o acerto de Dworkin, ao exigir uma “responsabilidade política” dos juízes. Os juízes tem a obrigação de justificar suas decisões (*accountability*), porque com elas afetam-se os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à constituição (resposta hermenêuticamente correta), será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade³⁸¹ (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores, artigo 925 do CPC). A resposta adequada à constituição deverá ser fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nessa quadra histórica, evitando os predadores externos como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política, da economia assim como os predadores internos, como subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda espécie. Trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (Vorhabe, Vorgriff, Vorsicht), no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo pra parte a da parte pro todo, sem que um e outro sejam “mundo” estanques/separados, para esse desiderato fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. Por isso, segundo Dworkin, não há um ponto neutro arquimediano. O sentido exurgirá de acordo com as possibilidades (horizontes de sentido) do intérprete em dizê-lo, de onde os pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos, caso não foram examinados.

³⁸¹ O Código de Processo Civil (CPC/15) teve uma incorporação de inspiração dworkiniana, passando a dispor no artigo 925 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, **íntegra** e coerente”(grifei). A integridade e coerência do direito, agora colocados no art. 926 do Código de Processo Civil, está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se, pois, de “consistência articulada”. Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista, pelo qual “o texto carrega consigo a sua própria norma” (lei é lei em si), como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual – aproveitando a relação “texto-norma” – a norma pode fazer soçobrar o texto.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41.

BERLIN, Isiah. **The Hedgehog and the Fox: an easy on Tolstoi's view of history**. Elephant Paperbacks, Chicago, 1993.

BLACKBURN, Simon. Justice for Hedgehogs. **Times Higher Education**, 27 jan. 2011. Disponível em: <www.timeshighereducation.co.uk/414939.article> Acesso em: 02 abr. 2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Branços” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1999.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s): ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COLEMAN, Jules; SIMCHEN, Ori. **Law. Legal Theory**, Oxford, v. 9, 2003.

DEMORI, Leandro; GREENWALD, Glenn. Anunciamos nossa parceria jornalística com a Folha no arquivo da Vaza Jato – e as impropriedades reveladas na primeira reportagem conjunto com o Jornal. **The Intercept**. 23 de Junh. 2019.

DESCARTES, René. **Discurso do Método: Regras para a Direção do Espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford: Hart, 2001

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **The philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 1977

FRANK, Manfred. Introdução. In: SCHLEIERMACHER, F. D. **Hermenêutica e Crítica**. Ijuí: Unijuí, 2005.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **El Giro Hermenêutico**. Madrid: Catedra, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **El Problema de la Conciencia Historica**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e índice**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GOWANS, Chris. Moral relativism. **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Edited by Edward N. Zalta. Spring 2012. Disponível em:

<<http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/moral-relativism/>> Acesso em: 20 jan. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, v. I

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. 3ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ontología: hermenêutica de la facticidade**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3 ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e Legitimidade em Jüngen Habermas: aportes para a construção de um processo jurisdicional democrático. **Quaestio Iuris**, vol. 10, n. 3, p. 1.537-1.555, Rio de Janeiro, 2017.

INGRAM, David. **Filosofia do Direito**. Conceitos-chave em filosofia. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ISAIA, Cristiano. **Processo Civil e Hermenêutica: Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Introduction to the problem of legal theory**. Tradução de Bonnie L. Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford University Press, 1997.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectivas, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIPTAK, Adam. The Transcendent Lawyer. New York University - **The Law School Magazine**, n. 14, New York, 2005. p. 12-23.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito: das origens à escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e a Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law ad morals. In: GEORGE, Robert P. (Ed). **Natural law theory: contemporary essays**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. **A Ambição do Ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin**. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 22, n. 2, p. 723-753, 2017.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

MICHELON

MOUNK. Tascha; FOA.R. Stefan. The End of the Democratic Century: Autocracy's Global Ascendance. **Foreign Affairs**, Nova York – EUA. may/june 2018. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-04-16/end-democratic-century>

MORO. Sergio. **Sergio Moro no Senado: cobertura especial**. Brasília. 19 de junh. 2019. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=454742>

MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a Decisão Jurídica Democrática: a leitura moral da constituição e o Novo Código de Processo Civil. IN: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 253-286.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

NAGEL, Thomas. Pysicalism. **The Philosophical Review**. Dwrham, v. 74, p. 339-356, 1965.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

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.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. **Vida Comum e ceticismo**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RAZ, Joseph. **Postema on law's autonomy and public practical reasons: a critical comente**. Legal Theory, Oxford, v. 4, p. 1-20, 1998.

REIS, Róbson & SILVEIRA, André. **A interpretação privativa: sobre o método da hermenêutica da vida em 'Ser e Tempo'. Heidegger e Aristóteles**. In: Fleig, Mario & Francisco, José (orgs.). São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2010.

REIS, Luciana Silva. **Direito e Método: A Contribuição de Ronald Dworkin**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

PUNTEL, Lorenz Bruno. **Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática**. Trad. De Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Constitucionalismo Garantista: Notas Lógicas**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação Jurisdicional. Reenvio Prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Perspectivas para sua adoção no Mercosul**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001

SEMER, Marcelo. Luis Roberto Barroso o dono das ruas. 3 set. 2018. **Revista Cult**, São Paulo, Seção Política, 3 set. 2018.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica Crítica: Com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem – I**. Editado e introduzido por Manfred Frank a partir da edição original de Friedrich Luke (1838). Tradução de Aloísio Ruedell e Revisão de Paulo R. Schneider. Ijuí: Unijuí, 2005.

SCHNÄDELBACH, Herbert. **La filosofia em Alemanha**. Madrid: Catedra, 1991.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica Filosófica e Direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no Direito Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: Edi-pucrs, 1996.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana.** Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: REIS, Róbson Ramos dos; ROCHA, Ronai Pires da. **Filosofia Hermenêutica.** Santa Maria: UFSM, 2000.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: Filosofia e conhecimento empírico.** Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: Um ajuste com Heidegger.** Ijuí: Unijuí, 2011.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência: O Ambiente Hermenêutico e As Ciências Humanas.** Ijuí: Unijuí, 2008.

STEIN, Ernildo. **O Caminho do Paradigma Hermenêutico: Ensaio e Conferências.** Ijuí: Unijuí, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) Dirigente e o Direito Fundamental à Obtenção de Respostas Corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008.

STRECK, Lenio. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: **anúário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.** orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora: São Leopoldo: UNISINOS 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Coerência, Integridade e Decisão Jurídica Democrática no Novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria. **Reflexões Sobre o Novo Código de Processo Civil.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29-40.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. **Anúário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.** São Leopoldo, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição: Diálogos com Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 10 dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. Editora Juspodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Os fins justificam os meios? No Direito não! Mas na “lava jato”, sim! **Consultor Jurídico**, 24. Junh. 2019.

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

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Organizadores). **Direito e Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. **Social Science Research Network**, 5 jul. 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309 Acesso em: 02 jan. 2019.

WALDRON, Jeremy. **Ronald Dworkin: an appreciation**, 5 jun. 2013. Disponível em: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276009. Acesso em: 02 jan. 2019.

WALUCHOW, Wilfrid J. **A common law theory of judicial review: the living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem: segunda versão**. 2 ed. Aum. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: II A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

