Thiago Anton Alban

REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO?

Uma visão epistemológica da ponderação de valores

Esta obra baseia-se na ideia de que a solução de um conflito entre direitos fundamentais e/ou princípios constitucionais que porventura se chocassem em um caso específico, mediante a aplicação da técnica da ponderação de valores, poderia ser encarada como exemplo de adoção do paradigma científico-positivo que ainda norteia o Direito na contemporaneidade, na medida em que a ponderação de valores, entendida como um procedimento baseado no critério da proporcionalidade lato sensu pela maioria da doutrina, estaria calcada em um pensamento oriundo da racionalidade metafísica que busca camuflar o atuar do intérprete. A ponderação de valores será analisada sob uma óptica epistemológica, baseada, sobretudo, na filosofia hermenêutica, na hermenêutica filosófica e na noção de virada ontológica, de maneira a apresentar o argumento de que o imaginário jurídico ainda segue o paradigma lógico-dedutivo calcado em um esquema sujeito-objeto, que acaba por cindir o processo interpretativo em etapas pré-definidas e abstratas.

9 786559 176182

editorafi.org

CC BY SA

REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO?

Uma visão epistemológica da ponderação de valores

REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO?

UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA DA PONDERAÇÃO DE VALORES

Thiago Anton Alban

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhalgual 4.0 Internacional
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALBAN, Thiago Anton

Revolução científica do direito? Uma visão epistemológica da ponderação de valores [recurso eletrônico] / Thiago Anton Alban -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

89 p.

ISBN: 978-65-5917-618-2

DOI: 10.22350/9786559176182

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Epistemologia; 2. Valores; 3. Ciência; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

SUMÁRIO

1 **8**

INTRODUÇÃO

2 **14**

A PONDERAÇÃO DE VALORES NO IMAGINÁRIO JURÍDICO

2.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO 14

2.2 DA METODIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE VALORES 21

3 **28**

DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA (OU DA CIENTIFICIZAÇÃO DO DIREITO)

3.1 RACIONALISMO: ASPECTOS BÁSICOS 31

3.2 A VIRADA ONTOLÓGICA 40

3.3 DA FINITUDE HUMANA 46

4 **53**

O MÉTODO DA SUBSUNÇÃO E A METÁFORA DO TETRIS

5 **61**

PONDERAÇÃO DE VALORES – UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA

CONCLUSÃO **77**

REFERÊNCIAS **85**

1

INTRODUÇÃO

Imbuída pelo espírito de resgate social da era do pós-guerra e pelas crescentes conquistas e manifestações em prol dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 acabou por positivar uma série de direitos fundamentais e princípios, explícitos e implícitos, com o intuito de coadunar-se com a corrente que prega a existência de um Estado Democrático e Social de Direito, oriundo, de certa forma, do *Welfare State*, de maneira que não apenas seja garantido a todos o acesso ao bem-comum[1] pregado pela Teoria Política, mas, também, que sejam efetivamente fornecidos os meios para tanto.

Em virtude do processo tardio de socialização do Direito brasileiro, que ainda se encontra em fase de maturação no que diz respeito à virada do "ser" em face do "ter", ou seja, da valorização do ser humano em face do poder econômico, o que pode ser conferido pela simples comparação entre os Códigos Civis de 1916 e 2002, o legislador constituinte, na ânsia de proteger setores diversos da sociedade brasileira - especialmente por ser esta complexa e com numerosos integrantes, que, ao se reunir,

[1] Na visão de Dabin: "chegou *um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana"* (DABIN, Jean. ***Doctrine Génerale de l'État***. Paris: Ed. Sirey, 1939, pp. 89-90. Tradução livre).

acabam por formar grupos com interesses diversos[2] -, elencou inúmeras garantias e princípios que acabou por criar uma gama de possibilidades de interpretação e aplicação da legislação pelo intérprete.

Imagine-se, por exemplo, os seguintes casos:

> a) Um grupo de trabalhadores rurais invade uma área de terras férteis que não são devidamente aproveitadas pelo particular. De um lado, o dono das terras não poderia ter seus bens tirados de si, protegido que está pelo direito fundamental à propriedade[3] (art. 5º, XXII). De outro, há o interesse dos trabalhadores de retirar da terra o seu sustento e o de sua família, que encontra no princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII) uma certa relativização e mitigação daquele primeiro.
>
> b) Uma celebridade que faz carícias em seu companheiro em local remoto subitamente é fotografada por algum jornalista, prejudicando a sua imagem pública. De um lado, há o direito fundamental à privacidade (art. 5º, X), que protege a pessoa do olhar de curiosos, que insistem em invadir os seus momentos mais íntimos. De outro, existe a liberdade do exercício profissional (art. 5º, XIII), que protege o jornalista sob o fundamento de que pessoas públicas teriam o direito à privacidade reduzido em virtude da profissão que escolheram seguir.
>
> c) Uma igreja instalada em um determinado bairro residencial, frequentada por fiéis fervorosos, começa a incomodar a tranquilidade da vizinhança em razão do alto volume mediante o qual o púlpito e os cânticos são celebrados, sobretudo com o auxílio de microfones e caixas de som. De um lado, a Constituição assegura o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI); de outro, declara inviolável a intimidade (art. 5º, X), bem como assegura a fruição da

---

[2] Para Bobbio, a política atual segue um modelo de democracia calcada no pluralismo, decorrente de uma sociedade a qual chama de policêntrica, poliárquica ou policrática. Dessa forma, o modelo contemporâneo de democracia está atrelado a uma realidade na qual o poder político se encontra difundido entre diversos grupos da sociedade, cada qual perseguidor de seus próprios interesses e eleitor de seus representantes (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 23).

[3] Erigido principalmente sobre o pensamento de John Locke (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2004).

> propriedade (art. 5º, XXII) em todos os seus termos, inclusive sob o aspecto do sossego, da tranquilidade do lar e do descanso, até mesmo como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF c\c art. 1.277 do Código Civil).

Com o intuito de sanar a problemática da interpretação sobre qual dispositivo deve ser aplicado à luz de uma colisão entre princípios e direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência acabaram por buscar refúgio em uma técnica mediante a qual fosse possível ao intérprete decidir os chamados "casos difíceis" (*hard cases*).

Essa preocupação em consolidar uma "técnica" de ponderação, que deve obedecer a um método de interpretação, contudo, parece revelar a crise paradigmática em que se encontra o Direito, na medida em que este ainda se mantém refém do pensamento metafísico calcado em um esquema sujeito-objeto, oriundo da filosofia da consciência, que molda o pensar e o agir da grande maioria dos intérpretes na contemporaneidade.

A proposta deste trabalho consiste em discorrer sobre a ponderação de valores em sua concepção metodológica difundida na doutrina para, em um momento posterior, com supedâneo na virada ontológica, na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, analisar a crise paradigmática do Direito enquanto saber ainda calcado em uma visão objetificante do universo jurídico, culminando na defesa da hipótese de que a "ciência" jurídica estaria em um processo de revolução científica consubstanciado na ruptura desse paradigma metafísico.

O paradigma atual, baseado em um esquema sujeito-objeto que ainda norteia a maior parte da doutrina e da jurisprudência, é resultante de uma visão objetificante e tecnicista do Direito, visão essa

oriunda da filosofia da consciência e do paradigma aristotélico-tomista. Calcado na metafísica, ou seja, em um mundo distante onde não há espaço para a faticidade e para a historicidade do ser, esse paradigma não é capaz de fornecer respostas verdadeiras, na concepção heideggeriana do termo, tendo em vista que obedece a um método silogístico, dedutivo-subsuntivo, que se conforma em adequar um dispositivo a um caso "concreto"[4], questões de direito a questões de fato, em um jogo de blocos de montar superficial e despreocupado com a concretude e individualidade hermenêutica de cada situação.

A ponderação de valores foi escolhida como um exemplo capaz de denunciar a crise paradigmática em que se encontra o Direito e sua preocupação exacerbada pela metodização do saber, de maneira a manter o ordenamento jurídico dentro de sua construção metafísica. Com efeito, a ponderação de valores surge como uma maneira de dirimir os conflitos entre princípios constitucionais, tendo em vista os chamados "casos difíceis" (*hard* cases), que, para a doutrina clássica[5], não poderiam ser solucionados pelo método tradicional da subsunção, este aplicável aos "casos fáceis" (*easy cases*).

Preocupada em manter a coerência científica com o paradigma objetificante, a doutrina logo se mobilizou com o intuito de metodizar a ponderação de valores, sob a alegação de que, se assim não fosse feito, o intérprete acabaria por desembocar em uma discricionariedade

[4] A palavra foi empregada entre aspas porque, para nós, falar em "caso concreto" é incorrer em pleonasmo.

[5] É necessário observar que, hodiernamente, em rompimento com a posição clássica, não se nega a possibilidade de que não só os *hard cases* (e os princípios), mas também os *easy cases* (e as regras) são passíveis de ponderação (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58).

interpretativa, ante a ausência de um método seguro que o norteasse na solução de conflitos entre princípios constitucionais.

Esse método, por estar calcado no paradigma sujeito-objeto, cartesiano, positivista, deveria, então, obedecer a critérios racionais, científicos, de maneira a ser capaz de ser observado em todas as ocasiões por todos os intérpretes, tendo em vista que o positivismo científico – e a "ciência" jurídica, ainda hoje - é erigido, para os clássicos, sob os pilares de um saber universal, geral e "neutro" [6].

Este trabalho buscará demonstrar que, no âmbito das ciências do espírito, é necessário que se tenha em mente que o modelo cientificista acima elencado não condiz com a realidade jurídica. Com efeito, o Direito deve ser construído, enquanto saber prático, e não metafísico, a partir de casos "concretos", razão pela qual não se pode falar em fórmulas gerais, universais ou "neutras" na seara jurídica.

Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência ainda se norteiam mediante fórmulas pré-fabricadas que procuram abarcar abstratamente todas as condutas do mundo real, vivido[7], como se existisse algum outro. No entanto, esse modo de pensar o Direito calcado em um paradigma oriundo da metafísica, platônico, não consegue atingir a verdade hermenêutica de cada caso, pois parte da abstração para a aplicação, quando deveria, em verdade, partir da faticidade e da historicidade do ser, da concretude e individualidade de cada caso.

Com isso em mente, é possível desenvolver o entendimento de que o Direito se encontra em um processo de ruptura paradigmática com o

[6] Vide DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, e QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; DE OLIVEIRA, Marcia Gardenia. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. Ed. 2. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2003.

[7] Não será discutido, neste momento, o alcance da expressão *Lebenswelt* do Husserl tardio, ante a existência de posicionamentos divergentes.

velho esquema positivista (sujeito-objeto), ainda dominante, para a adoção de um novo paradigma calcado em um esquema sujeito-sujeito, mediante o desvelamento do ser na linguagem como maneira de concretizar os ideais de um Estado Democrático de Direito.

Com supedâneo na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, esse trabalho buscará defender os passos rumo a esse novo paradigma que se apresenta no intuito de denunciar a fragilidade do pensamento cientificista que ainda vigora no imaginário jurídico, por ser incapaz de revelar a verdade hermenêutica, analisando a discussão doutrinária acerca da ponderação de valores como um exemplo desse imaginário e culminando com a oferta de uma visão hermenêutico-filosófica acerca da metodologia jurídica com base em fundamentos calcados na virada ontológica, que busca oferecer uma visão do Direito como um saber prático, e não metafísico ou científico (em sentido racionalista-cartesiano).

2

A PONDERAÇÃO DE VALORES NO IMAGINÁRIO JURÍDICO

Neste capítulo, será tecida uma breve consideração acerca da construção do sentido da ponderação de valores pela (e para) a doutrina majoritária brasileira. Em um primeiro momento, será abordado o conceito doutrinário sobre o que vem a ser a ponderação de valores, para que, em um momento posterior, seja apresentada a preocupação dos manuais e dos juristas em inserir a ponderação de valores dentro de parâmetros racionais (científicos) e objetivos de atuação e conduta, de maneira a adequá-la ao paradigma lógico-dedutivo, calcado no esquema sujeito-objeto, que ainda norteia o imaginário jurídico.

2.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO

Em termos sucintos, a "técnica" da ponderação de valores visa o oferecimento de uma solução para situações nas quais o intérprete se depara com um caso complexo que possua diferentes possibilidades de abordagem, consubstanciadas em diferentes previsões do ordenamento jurídico capazes de guiar o seu raciocínio - muitas vezes a caminhos diametralmente opostos. Esses casos complexos, que Dworkin[1] chamou de *hard cases*, seriam resultantes de colisões entre princípios constitucionais, os quais não poderiam ser solucionados pela adoção do método

[1] DWORKIN, Ronald. O Modelo de Regras. *In:* **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

clássico subsuntivo, aplicável a casos ditos mais fáceis (*easy cases*), tendo em vista que princípios constitucionais, além de compartilharem de um mesmo grau hierárquico normativo, não poderiam ter seus conflitos vencidos pelo método do *all-or-nothing* (tudo ou nada).

Ao diferenciar regras de princípios, Alexy desenvolve o entendimento de que o conflito entre as primeiras (as regras) seria resolvido no plano da validade. Assim, caso tenha que decidir sobre a aplicação de uma ou de outra regra, o intérprete simplesmente deve afastar uma delas, declarando-a inválida, e aplicar a que achar apta a solucionar o caso em testilha.

Princípios, por outro lado, por não serem mandados de cumprimento, como as regras, e sim mandados de otimização, não poderiam ser afastados em caso de colisão, mas, sim, sopesados, ponderados, de forma a diminuir a incidência daquele que o intérprete entenda como inadequado para ser aplicado a determinado caso e enaltecer o outro entendido como apto.

Com base nessa constatação, a ponderação de valores (ou de princípios, para alguns) surge como a "técnica" mediante a qual o intérprete irá solucionar os casos de colisão entre princípios constitucionais, sopesando um (ou alguns) em detrimento de outro (ou outros). No entendimento de Sarmento[2]:

2 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 99. Note-se que o autor utiliza a expressão "ponderação de interesses" no mesmo sentido que atribuímos à ponderação de valores neste trabalho. Isto se deve ao fato de que a doutrina não é unânime quanto à utilização da expressão, divindo-se entre "ponderação de interesses", "ponderação de valores", "ponderação de princípios" e, até mesmo, "princípio da ponderação". Para nós, esta balbúrdia já restou superada, sobretudo com a abordagem de Karl Larenz sobre a passagem da antiga escola da jurisprudência dos interesses à jurisprudência dos valores. Sobre o assunto: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

> A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.

Humberto Ávila, por sua vez, desenvolve o seguinte entendimento[3]:

> A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma *ponderação*. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios.

Já na visão de Perelman[4], *mutatis mutandis*, a ponderação "busca uma solução que seja não só conforme a lei, mas também equitativa,

---

[3] ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 4. Salvador, 2001, p. 11. Também sobre o assunto: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. Note-se que, ao mencionar a expressão "deveres de otimização", o autor faz um referência ao quanto posto por Alexy, em visão oriunda de Esser, acerca da conceituação dos princípios jurídicos, que refletiriam um modo de dever-ser ideal que ordenaria a tomada de decisões da melhor forma possível dentro das possibilidades apresentadas, diferentemente das normas jurídicas clássicas que apenas impõem seu cumprimento, em um modo que Dworkin chama de "*all-or-nothing*" (tudo ou nada), sendo essa, para ambos os autores, a diferença básica entre regras e princípios: a determinação vinculativa da decisão, no primeiro, e o norteamento valorativo, no segundo. Vide: ESSER, Josef. ***Grundsatz und Norm in der richterlichen Forbildung des Privatrechts***. 4ª ed. Tübingen, 1990. ALEXY, Robert. ***Teoria de los Derechos Fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997. DWORKIN, Ronald. O Modelo de Regras. *In:* **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Nesse mesmo sentido, tem-se a visão de Canotilho, influenciada pelo quanto entendido por Dworkin acerca dos princípios como possuidores de uma "dimensão de peso": "Os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionalismos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados, pesados conforme seu peso e seu valor em relação a outros princípios. Já as regras, se têm validade, devem ser cumpridas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, devem ser alteradas. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1125).

[4] PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 184.

razoável, aceitável, ou, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor".

Como pode ser observado, é mediante a ponderação, o sopesamento, o balanceamento, que, para a doutrina citada, o intérprete será capaz de resolver conflitos entre princípios, tendo em vista que, nesses "casos difíceis", o método clássico do Direito - a subsunção do dispositivo ao fato - não seria capaz de instrumentalizar o intérprete e indicá-lo a direção para interpretar e decidir.

A discussão, contudo, não para por aí. A doutrina, com o passar do tempo, "evolui" e passa a desenvolver novas considerações, mais rebuscadas, acerca da ponderação de valores.

Para a maior parte dos doutrinadores, que ainda permanece fiel às considerações da teoria dos princípios construída ao longo do tempo por Esser, Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy, somente estes (os princípios) seriam capazes de sofrer ponderação. Esse entendimento, como foi dito em linhas anteriores, parte da distinção clássica entre regras e princípios (mandados de cumprimento e mandados de otimização), sobretudo oriunda do pensamento de Dworkin e de Alexy, e consiste na assertiva de que o conflito entre as regras terminaria por afastar, desconsiderar ou declarar inválida uma delas, de maneira que apenas a regra eleita como melhor aplicável ao caso permaneceria válida (método do *all-or-nothing* proposto por Dworkin), ao passo que princípios (com a contribuição de Alexy) seriam sopesados, ponderados, ou seja, poderiam coexistir mesmo quando entrassem em choque, desde que um "ceda espaço" a outro que seja interpretado como o mais razoável a ser aplicado em uma situação determinada sem ser afastado ou excluído.

No entanto, chegou um momento em que restou superada a noção de que somente os princípios seriam passíveis de ponderação; esta, vai

dizer Ávila, "diz respeito tanto aos princípios quanto às regras"[5]. Analisando o método de sopesamento, Humberto Ávila identificou que a dimensão de peso não é intrínseca ao princípio, mas juízo valorativo dos fins e razões de sua aplicação[6], terminando por tecer uma crítica ao pensamento de Alexy[7] quanto ao procedimento de sopesamento, limitação, máxima aplicação e máxima medida, pois tanto as regras quanto os princípios estabelecem, para Ávila, um mesmo dever-ser; a diferença é que os princípios estabelecem obrigações *prima facie*, ou seja, não preveem diretamente o comportamento a ser adotado, como fazem as regras.

Não obstante essa constatação, Ávila refuta o entendimento de que princípios são "mandados de otimização". O que ocorre é a aplicação dos princípios, de forma otimizada, pelo intérprete, razão pela qual não existe um procedimento de sopesamento[8] do teor do mandado em casos conflitantes, como se o choque entre princípios fosse um jogo de "estica-e-puxa" que determinasse qual deva ser aplicado e em qual proporção, mas sim a utilização ou não do princípio, a otimização ou não do mandado a ser aplicado.

Assim, Ávila termina por diferenciar regras e princípios não em razão de um procedimento que possibilite ou não o seu sopesamento, como fez Alexy, mas em razão das condutas previstas. Dessa forma, diz o autor, em síntese, que, dentre outras características de distinção, "as regras prevêem condutas que servem à realização de fins devidos,

[5] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

[6] *Ibid*., p. 50.

[7] I*bid*., p. 63.

[8] E já foi dito, com Hage, que o peso é relativo (*"weight is case related"*). *Ibid*., p. 61.

enquanto os princípios prevêem fins cuja realização depende de condutas necessárias"[9], terminando por concluir que regras são normas descritivo-comportamentais (*ought-to-do*) com caráter primariamente retrospectivo, abarcantes e com pretensão de decidibilidade, enquanto que os princípios são normas finalísticas (*ought-to-be*) com caráter primariamente prospectivo e com pretensão de complementaridade e parcialidade, mediante as quais se busca alcançar um estado ideal de coisas[10].

Pois bem. Com a crescente utilização da ponderação de valores com o intuito de dirimir eventuais choques entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, a doutrina se viu diante da constatação de que a ponderação de valores, utilizada no enfrentamento dos *hard cases*, deveria ser metodizada tal qual a subsunção, esta utilizada no enfrentamento dos *easy cases*.

Sob o fundamento de que o intérprete poderia incorrer em decisionismo (ao que alguns chamam de ativismo judicial) diante da inexistência de um método que o vincule à observância de critérios pré-definidos que norteiem o seu atuar na solução dos conflitos entre princípios constitucionais, critérios esses construídos mediante um consenso procedimental calcado na teoria habermasiana do agir comunicativo[11] e obediente ao paradigma objetificante racional (esquema

[9] *Ibid*., p. 73.

[10] *Ibid*. pp. 71-79.

[11] Uma análise pormenorizada da teoria de Habermas foge ao âmbito desse trabalho. Por ora, resta dizer que Habermas desenvolve sua teoria do agir comunicativo substituindo a razão prática por uma razão comunicativa, mediante a qual, e a partir da obediência a um procedimento comunicativo calcado em condições quase ideais de fala, como a polidez, a abertura democrática e o respeito aos integrantes do debate, por exemplo, seria possível alcançar um consenso, que se dá em um plano contrafático e resulta em uma "verdade discursiva", muito embora o autor modifique esse entendimento a partir de Verdade e Justificação, ao reformular o conceito discursivo de verdade para dizer que "a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.

sujeito-objeto) que estabelece a cientificização de todo o saber[12] mediante a adoção de métodos gerais e universais (E=mc², S=So+v.t...), se começou a falar na metodização da ponderação de valores, de maneira a adequá-la à construção metafísica do Direito como ciência positiva (tecnicista), tendo em vista que, para o pensamento racional, se não há método que ilumine o objeto, não haveria saber científico, o que acabaria por resultar na subjetividade[13] do intérprete e na presença do Sujeito, presença esta que deve ser rechaçada a todo o custo para o pensamento cientificista, conforme será exposto no próximo capítulo.

43-44). Esse consenso, na teoria habermasiana, é anterior à faticidade; a dimensão ética do princípio D do discurso, diz Habermas, é acrescentada em um momento posterior e exterior a este, o que irá embasar a crítica de Apel no sentido de que o discurso já carrega consigo uma dimensão ética, não sendo possível acrescentá-la posteriormente (*Ibid*., p. 28). Esse aspecto da teoria procedimental habermasiana também entra em confronto com a teoria dita substancial heideggeriana, pois no momento em que Habermas afirma que a faticidade ocorre em um momento posterior ao discurso (que é realizado contrafaticamente), o ser-aí (*Dasein*) da filosofia hermenêutica e, consequentemente, a pré-compreensão, também se daria em um momento posterior, o que vai radicalmente de encontro ao pensamento de Heidegger, eis que este defende a impossibilidade de desvencilhar a pré-compreensão de qualquer processo discursivo e compreensivo, pois antes de ser um dado colado *ex post*, como acredita Habermas, a faticidade e a historicidade que integram o conceito de ser-no-mundo não apenas ocorrem antes de qualquer discurso: mais do que isso, são condições de possibilidade para que este ocorra.

[12] NdA: Um estudo profundo sobre esse tema foi feito por Marília Muricy, em obra publicada anos depois da redação deste trabalho (MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015). Abordagem semelhante (*mutatis mutandis*) também pode ser encontrada em SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010. Vale conferir, também, CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

[13] Lembre-se que um dos critérios do positivismo é a neutralidade axiológica, hoje rechaçada pela doutrina e "superada" pela palavra imparcialidade. Contudo, essa "imparcialidade" que deve ser adotada pelo intérprete e de que tanto se fala nos manuais é calcada no procedimentalismo. Dessa forma, no momento em que é vedado ao juiz pender para um dos lados da relação processual, por exemplo, ser "subjetivo", continua a se negar que o juiz possua valores axiológicos, pois se não é possível se despir destes, o que fundamentou a recusa do termo neutralidade axiológica pela doutrina, também não é possível controlá-los e ocultá-los, discursivamente, durante o processo, pois não é possível afastar o *Dasein* (e, consequentemente, os pré-juízos) do processo interpretativo, tendo em vista que a decisão não pertence ao intérprete, mas à linguagem, razão pela qual não há que se falar em imparcialidade, subjetividade ou discricionariedade do intérprete, mas apenas em uma decisão hermeneuticamente verdadeira, ou seja, uma decisão que não olvida a faticidade e a historicidade do evento, a bagagem sócio-cultural do intérprete, seus pré-juízos, a individualidade do caso interpretado em todos os seus aspectos e em atenção a todos os fatores que nele interferem. Em suma: uma decisão que desvela o ser, o aceita como existente e o percebe como condição sem a qual sequer haveria processo compreensivo.

2.2 DA METODIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE VALORES

No tópico anterior, foi discorrido acerca da preocupação da doutrina em metodizar a ponderação de valores, de maneira a adequar esse procedimento a um patamar científico, regrado por critérios e métodos que norteiem o agir do intérprete por caminhos e fórmulas pré-definidas por um consenso atingido mediante um discurso procedimental.

Atento a essa necessidade, o discurso doutrinário acabou por eleger a *proporcionalidade lato sensu* como método aplicável à ponderação de valores. Assim, o princípio da proporcionalidade[14] (em sentido lato) seria o responsável por instrumentalizar a aplicação da ponderação de valores pelo intérprete, a tal ponto que alguns o retiram do status de princípio, erigindo-o ao grau de "metanorma", como será exposto a seguir.

Baseada nas considerações de Alexy[15], a doutrina comumente divide o princípio (ou postulado, para Ávila) da proporcionalidade em três aspectos ou, como é mais comum, "subprincípios"[16]: a adequação,

[14] Insta salientar que, no Brasil, o princípio da proporcionalidade não é expressamente previsto na Constituição Federal. Sua construção decorre da interpretação de outros princípios e regras previstas na Carta, em especial, para a maioria doutrinária, o princípio da isonomia, encontrado no art. 3º, IV; art. 5º, caput; art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV e art. 19, III, para citar apenas os mais conhecidos. Além disso, não parece haver um consenso doutrinário acerca da diferença entre proporcionalidade e razoabilidade; alguns acham que são sinônimos, como Puhl (2005), enquanto outros veem diferenças, como Ávila (2003).

[15] O autor diferencia a máxima da proporcionalidade em sentido estrito das máximas da necessidade e adequação, afirmando que a primeira se relacionaria com as possibilidades jurídicas e as últimas com as possibilidades fáticas (ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, pp. 112-113).

[16] Na visão de Gilmar Ferreira Mendes: "Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e exigíveis à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é exigível se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 41).

pertinência ou aptidão[17], que seria a relação entre o fim perseguido pela norma e o meio a ser empregado para tanto (se o meio é ou não adequado para efetivar o fim almejado); a necessidade ou exigibilidade, que estabelece que o meio empregado deva ser o menos gravoso, desde que capaz de proporcionar o mesmo resultado almejado, na hipótese de existirem diversos meios possíveis a ser adotados, a exemplo do que ocorre com o princípio da menor onerosidade para o devedor; e a proporcionalidade em sentido estrito, que é a noção clássica doutrinária da proporcionalidade, a qual defende que o meio empregado deve ser proporcional ao resultado a ser alcançado, ou seja, se "vale a pena" empregar certa medida em prol de determinado fim sem que essa atitude acarrete um desbalanceamento entre a medida tomada e o resultado almejado, em uma espécie de análise e sopesamento dos prós e contras (custo-benefício[18]) do ato a ser praticado.

Humberto Ávila, por sua vez, desvencilha a proporcionalidade do status de princípio (juntamente com outros, como o da razoabilidade e o da máxima efetividade, p. ex.) para enquadrá-lo em uma categoria própria, atribuindo-lhe o nome de postulado, uma espécie de metanorma cuja função é orientar a aplicação das regras e princípios pelo intérprete. Nas palavras do autor[19]:

> Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é

[17] Esses dois últimos conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 358.

[18] SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 89. Ou, ainda, em alusão a Jellinek: "não se deve usar canhões para matar pardais" (*Ibid*., p. 77).

[19] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28.

> *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; *necessária*, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; *proporcional ou correspondente*, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos.

Na leitura de André Ramos Tavares[20], o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos, na medida em que se apresenta como um mandamento de otimização de princípios, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta. Entende Tavares, com Celso Ribeiro Bastos, que a proporcionalidade é "uma guia à atividade interpretativa", não apenas por elucidar certas questões conflituosas, mas por apresentar-se como aplicável em qualquer interpretação. Nessa perspectiva, segundo o autor, o princípio integraria necessariamente o método de interpretação do Direito, caracterizando-se como uma diretriz entre os métodos de interpretação tradicionais e os princípios que pautam a aplicação destes.

Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso entendem o princípio da proporcionalidade como um "princípio instrumental" que norteia o intérprete na aplicação da norma jurídica[21]. Afirma Barcellos que a ponderação é uma técnica mediante a qual seria possível solucionar os "casos difíceis" que porventura entrem em conflito[22]:

---

[20] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 662.

[21] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 348.

[22] BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO (*Ibid*., pp. 55-57). Ênfase acrescentada.

> De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês "*hard cases*"), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado [...] Já é possível identificá-la como uma *técnica de decisão autônoma* que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios [...] O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

Adilson Josemar Puhl[23], por sua vez, assevera que o critério (ou princípio, em suas palavras) da proporcionalidade pode ser explicado como:

> a adequação necessária entre o fim de uma norma e os meios que esta designa para atingi-lo, ou ainda, entre a norma elaborada e o uso que dela foi feito pelo Poder Executivo. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é instrumento para proteção dos direitos fundamentais do homem, que são, constantemente, atacados pelas ingerências do Poder Público. Nesse ponto, a proporcionalidade é verdadeiro instrumento assegurador dos direitos fundamentais.

[23] PUHL, Adilson Josemar. **O Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade**: Como Instrumento Assegurador dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Conflito de Valores no Caso Concreto. São Paulo: Pillares, 2005, p. 60. É importante frisar que, para o autor, razoabilidade e proporcionalidade são palavras sinônimas, como o próprio título de sua obra anuncia. Segundo Puhl: "É importante desde já esclarecer que, não obstante a nomenclatura diferente, a razoabilidade e a proporcionalidade são expressões sinônimas, utilizadas indistintamente para designar o mesmo conteúdo" (*Ibid*., p. 19). E conclui, explicando que, a seu ver, a única diferença reside na territorialidade: "A diferença entre razoabilidade e proporcionalidade pode ser vista como meramente territorial, ou seja, no Direito norte-americano, receberia a denominação razoabilidade, enquanto que no direito europeu, em especial no alemão, proporcionalidade ou proibição de excesso. Portanto, a diferença estaria meramente no local onde o princípio se desenvolveu, contudo, a sua essência e conteúdo seriam os mesmos, podendo-se tratar como expressões sinônimas" (*Ibid*., p. 67).

Observe-se, portanto, que esses autores, como muitos outros, insistem em adotar o entendimento de que a ponderação seria uma técnica mediante a qual seria possível alcançar a solução de "casos difíceis" conflitantes - técnica esta, inclusive, dotada de autonomia, para Barcellos. Instrumentalizada (tornada possível) pelo método da proporcionalidade em sentido amplo, a ponderação de valores possuiria a missão de instruir o pensar do intérprete de forma que este não corra o risco de se afastar da base do ordenamento jurídico positivo e do pensamento científico, que exige a presença de métodos objetivos para a análise do objeto.

Como já dito, uma das principais preocupações da doutrina em relação à ponderação de valores gira em torno do intérprete. Entende a doutrina que, ao se deparar com um *hard case* sem a existência de um método objetivo que condicione o seu atuar, é possível que o intérprete incorra em uma não cientificidade perigosamente arbitrária (axiológica), o que deve ser negado pelo paradigma metafísico.

É baseado nessas considerações, portanto, que os autores buscam construir o entendimento de que a ponderação seja metodizada e, consequentemente, inserida em parâmetros científicos objetivos, de forma a tolher o máximo possível qualquer indício de arbitrariedade (leia-se: subjetividade) do intérprete. Segundo Ana Paula de Barcellos[24]:

> [...] o processo da ponderação confere ao órgão jurisdicional um *poder muito amplo* do que lhe é conferido ordinariamente. Desde a identificação das normas pertinentes, passando pela seleção dos fatos relevantes, até a atribuição geral de pesos e a conclusão, todas as etapas exigem avaliações

[24] BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59. Ênfase acrescentada.

> de *caráter subjetivo*, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Ademais, como já se destacou, o emprego da ponderação pode ter *conseqüências da maior gravidade*. Por essas razões, a questão que hoje parece da maior relevância no estudo da ponderação diz respeito à necessidade de estabelecer *parâmetros de controle* para esse processo, tanto normativos, como argumentativos.

E conclui[25]:

> Se a ponderação é inevitável, por conta da complexidade da sociedade contemporânea, da estrutura estatal e da própria Constituição, isso não condena os cidadãos a dependerem cegamente de cada intérprete e de suas concepções pessoais. Parâmetros – e aqui se estará tratando de parâmetros normativos – não só podem como devem ser buscados para balizar e *controlar a interpretação jurídica*, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica da norma [...] eles são os únicos instrumentos capazes de controlar em alguma medida as possibilidades quase ilimitadas que a ponderação oferece.

Adilson Puhl, por sua vez, traz à baila o seguinte pensamento, com supedâneo no intelecto de Friedrich Müller[26]:

> Alguns autores tributam a ponderação de bens do caso concreto como uma verdadeira técnica de livre interpretação, vez que "o peso dado a cada valor jurídico variaria segundo uma pauta sem qualquer apoio em princípios metodológicos, o que conduziria a resultados não controláveis". Nesse sentido Friedrich MÜLLER assevera que "a ponderação oferece um padrão lingüístico cômodo que conduz a juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subseqüentemente generalizada".

---

[25] *Ibid*., pp. 68-69. Ênfase acrescentada.

[26] PUHL, Adilson Josemar. **O Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade**: Como Instrumento Assegurador dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Conflito de Valores no Caso Concreto. São Paulo: Pillares, 2005, pp. 177-178.

Humberto Ávila[27] também defende a metodização da ponderação de forma a evitar a relativização ao bel prazer do magistrado, o que terminaria por acarretar um decisionismo sem qualquer tipo de critério que o limite.

A preocupação pelo método é tamanha que a doutrina convencionou até mesmo uma ordem a ser seguida pelo intérprete quando da observância dos critérios ou subprincípios que integram a proporcionalidade *lato sensu* (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). Assim, em primeiro lugar, diante de um conflito entre "casos difíceis", o intérprete deve analisar a adequação (*Geeignetheit*) entre o meio empregado e o fim almejado, passando pela necessidade de utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) desse meio escolhido, ou seja, se é o meio mais suave dentre todos os meios possíveis, para, depois de superadas essas duas etapas, adentrar na análise da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), na "relação custo-benefício", como propõe Sarmento, entre o meio eleito, que já deve ter sido previamente interpretado como adequado e necessário, e o fim o qual se pretende alcançar.

Note-se, destarte, que todo o discurso acima delineado gira em torno do método, mais especificamente da metodização da ponderação de valores, de forma a conferir um quê de cientificidade (leia-se: objetividade metafísica) ao processo interpretativo. Todavia, essa visão calcada no cientificismo e na técnica deve ser vista com outros olhos, conforme será demonstrado a partir do capítulo a seguir.

---

[27] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 89-91.

3

DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA (OU DA CIENTIFICIZAÇÃO DO DIREITO)

No meio científico, não é estranha a noção de que toda ciência, de maneira a se afirmar como tal, deve explorar um objeto mediante a utilização de um método. Émile Durkheim, ao notar que a ainda imatura Sociologia erigida por Comte carecia de um procedimento metodológico bem delineado para que pudesse galgar uma base científica, acabou por desenvolvê-la e "elevá-la[1]" ao status de ciência. Sigmund Freud, por sua vez, afirmou que sua maior busca era a de conferir metodicidade e cientificidade à psicanálise, nos moldes das ciências naturais[2].

Conforme já exposto anteriormente, a subsunção é o método adotado pelo Direito para a solução dos chamados "casos fáceis" (*easy cases*), de menor complexidade. A subsunção consiste, basicamente, em um procedimento de "encaixe" e adequação da chamada premissa menor - os fatos da vida -, na premissa maior - o dispositivo presente no ordenamento jurídico.

O método da subsunção, todavia, acaba por contribuir para a consolidação da visão do Direito como um grande livro de receitas pré-

[1] Esta expressão foi redigida entre aspas devido ao fato de que, conforme será visto mais adiante, o status de ciência não deve ser pensado como um patamar superior em relação a correntes de investigação, por exemplo, ou a outras formas de produção de conhecimento.

[2] Na visão de Freud, com as palavras de Ernildo Stein: "'Construí a psicanálise, construí o aparelho psíquico, explico os processos pela transferência, pelo recalcamento e pelos conceitos básicos da psicanálise. Faço – como dizia – uma metapsicologia. Mas minha esperança é – ele o disse ainda um pouco antes de morrer – que um dia tudo isso seja dispensável e que eu possa dar uma explicação físico-química de tudo isso'. Freud queria biologizar a totalidade de suas descobertas" (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 35).

fabricadas, do qual são retiradas as soluções, modelos ou passos que devem ser seguidos de forma a possibilitar que o intérprete enfrente cada caso a ele apresentado. E, no momento em que a ponderação de valores, como método adotado para a solução dos chamados "casos difíceis" (*hard cases*), é construída também sob a égide de um paradigma metafísico, tal qual o método da subsunção, ambos não conseguem fornecer uma resposta hermeneuticamente verdadeira, em termos heideggerianos, para o caso a ser interpretado.

Para melhor orientar a abordagem, será utilizada a ideia de Warat[3] (dentre outros) de que há, na doutrina e na jurisprudência, um "sentido comum teórico" que acaba por nortear a conduta dos "operadores" ao fazer com que estes aceitem a dogmática jurídica como um complexo de "saberes acumulados", o qual ou deve ser necessariamente seguido, de forma a fundamentar adequadamente a decisão a ser tomada, ou acaba por construir o entendimento daqueles em prol de um determinado caminho já percorrido.

Com base nessa ideia, seria possível observar que os intérpretes parecem não se dar conta de que, em cada interpretação, em cada lei promulgada ou em cada sentença, "súmula" ou acórdão proferidos, já há uma significação, uma valoração, uma carga de sentido atribuída, que longe de dever ser encarada como "a verdadeira", "mais correta" ou "mais segura", deve ser vista como produto de uma alienação que ocorre já no *habitus dogmaticus* – no senso comum teórico.

O sentido (ou senso) comum teórico, dessa forma, acaba por impedir que o "operador"[4] do Direito "ouse demais" ao tentar proferir uma

[3] WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

[4] Como se o Direito fosse um mecanismo pré-fabricado a ser operado.

decisão autônoma e diferente, por exemplo, do que prega a maioria, principalmente devido à violência simbólica, força e status que esta possui enquanto intelectual ou detentora da "tradição e enunciação legítima da palavra", em uma alusão ao capital simbólico de Bourdieu[5], a exemplo dos oráculos atenienses que deveriam ser necessariamente ouvidos pelos líderes gregos antes da tomada de qualquer decisão importante[6].

A visão do Direito como uma ciência instrumentalizada pelo método da subsunção parece decorrer, conforme assevera Streck[7], de um entendimento fundamentado no paradigma normativo-dogmático, oriundo, sobretudo, da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo, devido ao fato de que a grande maioria dos intérpretes do Direito ainda parece estar refém de um pensamento objetivista advindo da hermenêutica clássica, que, em breve síntese, busca afirmar que a norma possuiria um "sentido único em si mesma", restando a seu aplicador apenas a tarefa de retirar dela o sentido que lhe foi atribuído por seu criador para aplicá-la ao caso "concreto", como se, ao contrário do entendimento bakhtiniano, o signo fosse monossêmico - ou seja, possuísse apenas um único sentido possível.

Esse entendimento do Direito como uma ciência calcada em um método objetivo coaduna-se com a visão de um ordenamento jurídico

[5] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

[6] É importante frisar que não se nega, aqui, a importância da construção doutrinaria e jurisprudencial na interpretação do Direito. O que deve ser lembrado é que essas contribuições já trazem consigo uma conclusão e uma carga axiológica prontas, e jamais podem ser encaradas como fórmulas universais e pré-definidas, sob pena de que ao agir assim o "operador" se insira, mesmo que inconscientemente, em um estado de conformismo dogmático.

[7] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

baseado em um esquema sujeito-objeto, de acordo com a tese idealista de que a norma habitaria um mundo à parte, ideal, afastado, longínquo, atemporal, metafísico, do qual deve ser resgatada, ou melhor, subsumida ao caso "concreto", este oriundo de um mundo dito fático, material, real. Esse esquema objetificante (sujeito-objeto), por sua vez, parece decorrer de um fator que influenciou fortemente a construção e maturação das ciências: o racionalismo, conforme será exposto a seguir.

3.1 RACIONALISMO: ASPECTOS BÁSICOS

Com o desenvolvimento das ciências naturais e de sua abordagem lógico-dedutiva do objeto de estudo, ocorre, no século XVII, a maturação da ideia de que o pensamento e a busca pelo conhecimento se dariam por intermédio da razão, que possibilitaria a compreensão do mundo pelo ser humano mediante um processo de abstração pautado em uma abordagem também lógico-dedutiva. Surge, assim, em síntese, o racionalismo, que teve em Descartes um de seus principais representantes.

O método racional cartesiano se baseia em uma visão objetificante do mundo. Para o racionalismo, o conhecimento deve ser atingido pelo uso da razão, responsável por iluminar o caminho do pensador de forma que este possa analisar seu objeto não mais de acordo com um pensamento calcado no divino, como até então acontecia em virtude do monopólio intelectual exercido pela Igreja na Idade Média, mas conforme parâmetros inerentes ao ser humano: a capacidade de raciocinar[8].

[8] Como já havia dito Aristóteles que o homem é animal racional, detentor do *logos*; ou, com Tugendhat, que o ser humano é racional *porque é capaz de fazer uso correto de enunciados assertóricos predicativos*, ou seja, porque é capaz de formular frases que podem possuir a propriedade de verdade e falsidade (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 17).

Essa visão de que o homem utilizaria a razão para alcançar a iluminação foi erigida seguindo a tendência de cientificização do conhecimento do século XVII, que surge na seara das ciências naturais e termina por se expandir e de certa forma dominar as outras formas de conhecimento, dentre elas as ciências humanas e sociais. Em outras palavras, a crescente onda de monopolização do conhecimento pelo método científico oriundo das ciências naturais acabou por abarcar, também, a área na qual hoje habitam as ciências do espírito, que se viram influenciadas e de certa forma induzidas a adotar o paradigma científico racional para ser "levadas a sério" e assumir o status de ciência, o que acabou por afastá-las dos procedimentos taxados de não científicos e não metódicos que eram por elas utilizados até então. Na visão de Thiago Bottino do Amaral[9]:

> [...] Utilizando o mesmo instrumental metodológico da ciência moderna (experimentação e raciocínio lógico-formal), os pesquisadores chegaram a conclusões que faziam duvidar da existência de uma realidade objetiva, regida pela causalidade e ajustada à lógica, colocando em xeque a afirmação de que o conhecimento é unicamente racional (e, portanto, passível de ser esgotado pela razão e ser determinado a partir de uma relação de causa e efeito). A neutralidade que se estabelece na separação entre sujeito de conhecimento e objeto de conhecimento é questionada a partir de experiências que demonstram que é o olhar do sujeito que determina o objeto, isto é, o processo epistemológico é que organiza o real (em qualquer que seja o campo de estudo, mesmo das chamadas 'ciências exatas', e especialmente nas 'ciências humanas ou sociais'). Não se sustenta mais a pretensão de que se possa atingir a 'verdade' do real a partir do raciocínio lógico, sobretudo em razão da impossibilidade de se apreender a totalidade do real, ou sua complexidade [...] Logo, não há uma 'verdade' ou uma

[9] AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 21-22.

> 'realidade' que possa ser 'descoberta' ou 'revelada' a partir da lógica formal, empirista e causalista. O conhecimento não é algo composto unicamente pela lógica racional, mas também condicionado pelo sujeito. Revela-se, portanto, que o traço cientificista que predominou no paradigma moderno é totalitário na medida em que pretende que tudo possa ser determinado pela razão e é excludente porquanto considera inaceitáveis os conhecimentos que não estão submetidos ao paradigma.

Com base na constatação de que as ciências do espírito acabaram por incorporar o modelo das ciências naturais, Dilthey irá tecer uma crítica ao processo de cientificização acima delineado, ao passo que buscará um método e abordagem próprios que possam ser aplicados àquelas (as ciências do espírito), objetivo esse que será o marco inicial para o desenvolvimento da hermenêutica filosófica gadameriana.

Também nessa senda do movimento cientificista, aduz Chain Perelman[10]:

> A concepção positivista tinha como conseqüência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como busca da sabedoria.

[10] PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 136. Oportuno transcrever, também, a análise realizada por Amaral (*Ibid*., pp. 34-35): "Perelman se insurge contra a afirmação positivista acerca da impossibilidade de se conduzir uma argumentação racional sobre valores, ou seja, a ideia de que a filosofia e as outras ciências deveriam inspirar-se no rigor do raciocínio demonstrativo que caracteriza a ciência matemática, pois os juízos de valor não decorrentes da lógica mergulham o filósofo no irracional. Sustenta, em oposição, que no modelo matemático a linguagem não se liga a um contexto, ao passo que todo discurso jurídico tem um contexto e se destina a um auditório. Nessa situação, a racionalidade pode estar presente em um discurso não-matemático e não-demonstrativo, como é o discurso argumentativo".

Hans-Georg Gadamer tece em sua obra Verdade e Método[11] uma crítica à chamada obsessão metodológica das ciências, que acabaram por abandonar sua tradição humanística e de formação cultural do conhecimento na qual ainda podiam se reconhecer de maneira a se enquadrar no pensamento metódico e objetificante do cientificismo. Gadamer invoca como exemplo uma obra de Kant, Crítica do Juízo, e afirma que nesta pode ser observado uma subjetivação e estetização do gosto, desconstituindo-o de um valor de conhecimento.

Afirma o autor que aquilo que não satisfaz aos parâmetros objetivos e metódicos das ciências naturais é visto como mero "subjetivo" ou "estético", a exemplo do juízo, e, consequentemente, desprovido de conhecimento científico, visto que este era uma exclusividade, um privilégio daqueles que optassem por se adequar à "ditadura" da ciência e do conhecimento metodológico racional. Nas palavras de Grondin[12]:

> Gadamer argumenta aí contra a idéia, defendida pelo historicismo e pelo positivismo, de que as ciências do espírito deveriam elaborar os seus próprios métodos, para poderem gozar do status de ciências. Pois esta esperança era o gancho, em torno do qual giravam todos os esforços metodológicos de Dilthey, de Droysen e do neokancianismo. Gadamer questiona fundamentalmente esse ponto de partida e interroga, se a busca de métodos, os quais de forma exclusiva garantissem a validade universal, estaria realmente em seu lugar nas ciências do espírito [...] As ciências naturais caracterizam-se pelos métodos da indução lógica, que destaca regras e leis a partir do material recolhido. As ciências do espírito procedem de outra forma [...] Assim diz o início da obra [*Verdade e Método*]: 'Não existe um método próprio das ciências do espírito. Mas, bem se pode perguntar, com

[11] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005 e GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

[12] GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, pp. 181-183. Ênfase e parêntese acrescentados.

> Helmholz, quanto significa a palavra método neste caso, e se as outras condições, sob as quais se encontram as ciências do espírito, não são talvez muito mais importantes para seu modo de trabalhar do que a lógica indutiva [...]'. *Gadamer concorda com Helmholz na idéia de que as ciências do espírito têm, basicamente, muito mais a ver com o emprego de um tato, do que com a adoção de quaisquer métodos* [...] Parece muito mais apropriado a Gadamer – o qual neste ponto segue a Helmholz – reconduzir a peculiaridade das ciências do espírito a algo semelhante ao tato ou a um não metodizável 'je ne sais quoi' [...] Neste espírito, 'Verdade e Método' efetuará uma crítica fundamental à *obsessão metodológica*, revelada na preocupação pela cientificidade das ciências do espírito.

E conclui, invocando o pensamento de Heidegger e a noção de finitude do conhecimento humano[13]:

> Segundo Gadamer, foi uma ilusão do historicismo querer afastar nossos preconceitos através de métodos seguros, para possibilitar algo como objetividade nas ciências do espírito. Esta posição combativa, oriunda do Esclarecimento, foi ela própria um preconceito do metodológico século 19, que acreditava só poder obter objetividade pela via da desarticulação da subjetividade, que compreende situadamente. *O historicismo também é superado por uma auto-aplicação: foi ele que ensinou, que cada doutrina deve ser entendida com base em sua época. Essa concepção pode ser aplicada ao próprio historicismo. Assim se comprova que o historicismo foi também um filho de seu tempo, ou seja, do cientificismo*. Logo depois que for desmascarada a dependência metafísica do ideal científico do conhecimento com a ajuda de Heidegger, pode-se conquistar uma compreensão mais adequada das ciências do espírito, a qual vai dar lugar à *pré-estrutura ontológica da compreensão*, na determinação da objetividade das ciências do espírito.

[13] *Ibid*., pp. 186-187. Ênfase acrescentada.

Em parâmetros semelhantes, Ernildo Stein desenvolve o seguinte entendimento[14]:

> *Aliás, há uma tendência das ciências humanas em geral de naturalizar tudo, porque então ficamos livres da imprecisão das ciências humanas. Basta que as naturalizemos*. Esta é uma tendência contemporânea na medida em que temos mais instrumentos de investigação, medição, quantificação. Com isso podemos fazer um discurso sobre as ciências humanas em que o sujeito e o objeto se separam inteiramente. *Por aí ganhamos em exatidão. Talvez seja o nosso destino fazermos isso. Mas assim perdemos em atualidade e em respostas urgentes às questões humanas*, porque, por exemplo, a sociologia não quer saber um dia como, do ponto de vista da história natural, o homem chegou a viver em comunidade. Não. A sociologia precisa dar conta dos fatos sociais que ocorrem e não apenas dar explicações e nesse momento todas as ciências sociais estão condenadas a ser hermenêuticas. As ciências humanas não podem esperar até o discurso do universo das ciências humanas se converter em discurso natural, pois, isso além de tudo nunca passará de uma hipótese. Hipótese de que algum dia vamos chegar ao começo enquanto as ciências humanas precisam dar conta dos fatos históricos, dos fatos sociais, psicológicos, enquanto ocorrem hoje [...] Nesse momento, já se passou por cima do postulado da naturalização. Nesse momento, aparece um outro fundamento para justificar a urgência das ciências humanas. Elas trabalham com métodos fundados na hermenêutica, métodos talvez menos *afiados*, se se pode dizer assim, ou métodos de menos eficácia aparente do que os métodos científicos naturais. A evolução das ciências humanas! É aí que está seu papel importante e por que as ciências humanas se movem num espaço de discurso que não é o discurso apenas lógico-semântico.

Wálber Araujo Carneiro[15], por sua vez, oferece a seguinte contribuição sobre o tema, enfatizando o aspecto de que o método silogístico-

[14] *Idem*. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, pp. 35-36.

[15] CARNEIRO, Wálber Araujo. Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão. **Revista Direito UNIFACS**, nº 58. Salvador: 2005.

subsuntivo ainda hoje prepondera na metodologia jurídica, em especial na doutrina civilista:

> Sendo o direito objeto, ele estava fora do homem como algo entificado e diverso de um outro ente: o fato. Fato e direito eram objetos dissociados e que deviam ser identificados separadamente e contrapostos mediante uma operação silogística. Desse modelo padrão, fruto direto da concepção moderna de conhecimento, nasce a base metodológica do direito: a subsunção. Assim, a afirmação que fiz acima é comprovada, em especial, pela presença da subsunção como base de toda metodologia jurídica construída na modernidade. Dela decorrem uma série de postulados metodológicos: questões de fato ao lado de questões de direito dissociadas uma da outra; uma hermenêutica metódica que viabilizava adequações na norma jurídica (questões de direito), permitindo um resultado extensivo ou restritivo, apenas para viabilizar a subsunção ao fato; da analogia, recurso utilizado para suprir lacunas e, ao mesmo tempo, manter a idéia de que há algo que pode se subsumir ao fato e assim por diante.

É possível observar que a onda de cientificização da produção do conhecimento, influenciada, sobretudo, pelo racionalismo cartesiano, acabou por conferir ao Direito o status de ciência. Esse status alcançado, muito embora tenha conferido ao Direito um método bem delineado - o método subsuntivo – para a solução dos chamados "casos fáceis", e, mais recentemente, a técnica (metodizada pela doutrina) da ponderação de valores para a solução dos chamados "casos difíceis", acabou por retirar do foco do conhecimento jurídico uma constatação que lhe é intrínseca e essencial: a de que o Direito está inserido em um mundo composto por signos e atribuições valorativas - o mundo da linguagem -, no qual a hermenêutica desempenha uma função imprescindível em sua abordagem e análise da estrutura e movimento da compreensão e

interpretação humana, dentre as quais a interpretação do ordenamento jurídico.

A hermenêutica filosófica de Gadamer, ao denunciar esse processo de cientificização e metodização universal da produção do conhecimento nos moldes do quanto ocorrido com as ciências naturais, que são coisa diversa das ciências do espírito (ou, hodiernamente, ciências humanas e ciências sociais aplicadas), as quais possuem como característica uma "mistura criativa entre método e não-método[16]", acabou por desenvolver uma abordagem específica do processo compreensivo e interpretativo realizado pelo ser humano com supedâneo na filosofia da linguagem e no giro linguístico, o que fez com base, sobretudo, nas figuras de Ludwig Wittgeinstein (filosofia analítica) e Martin Heidegger (filosofia continental) e sua filosofia (ou fenomenologia) hermenêutica.

Com o desenvolvimento da hermenêutica filosófica e da constatação de que a produção do conhecimento se pautava e era influenciado pelo cientificismo e pelo racionalismo, que tinham como base a formulação de paradigmas e métodos calcados em um esquema sujeito-objeto, ou seja, em um esquema que distancia o pensador, o intérprete, do objeto a ser analisado e compreendido, como prega o método matemático, como se aquele estivesse em um mundo idealizado e extrínseco ao sujeito, nasce a noção da chamada virada ontológica, também conhecida como giro linguístico[17], que irá desenvolver a tese de que a produção do conhecimento, nas ciências do espírito, não mais deve ser encarado sob

[16] STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 105.

[17] Muito embora Streck prefira a primeira expressão por fazer menção ao ser, o que a torna mais condizente com a hermenêutica filosófica (a guinada do pensamento é, antes de tudo, ontológica). Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

a luz do paradigma moderno e racional (sujeito-objeto), e sim pela constatação de que o objeto a ser compreendido não se encontra em um local à parte, metafísico; a compreensão advém da linguagem, que é sua condição de possibilidade e ocorre faticamente, e não contrafaticamente, como propõe o pensamento racionalista (e procedimental).

Destarte, rejeita-se a ideia, com a virada ontológica, de que a compreensão se daria de acordo com um processo de "resgate" do sentido do objeto a ser analisado, como um texto ou um dispositivo, por exemplo, habitante de um mundo ideal e longínquo no qual deva ser visitado e do qual deva ter seu sentido retirado por intermédio da razão, com o intuito de defender a ideia de que a compreensão se dá, na linguagem, pelo próprio intérprete, pelo próprio ser humano, em uma estrutura de compreensão e interpretação em movimento circular que acabou por ser batizada de círculo hermenêutico[18].

Assim, com a noção de que o processo compreensivo ocorre antecipadamente na linguagem e pelo próprio intérprete, e não em um momento posterior, surge a noção de que as ciências do espírito (dentre as quais está inserido o Direito) devem ser analisadas não mais sob o prisma de um esquema sujeito-objeto, mas sim de um esquema sujeito-sujeito, o que é exatamente no que a hermenêutica filosófica se baseia quando aborda a questão da virada ontológica, como será visto a seguir.

[18] No intelecto de Heidegger: "Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo" (HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 209). Confira-se, também, SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.52.

3.2 A VIRADA ONTOLÓGICA

Com a percepção do fenômeno da virada ontológica (ou giro linguístico), ocorre a superação do entendimento de que a interpretação se daria de acordo com um esquema sujeito-objeto para que se tenha em mente a relação de um processo calcado em um esquema sujeito-sujeito. Resta dizer: a norma não é mais vista como suspensa em um mundo-em-si à parte do intérprete, que teria como objetivo desvendar um suposto significado a ela inerente; pelo contrário, a norma é construída pelo próprio intérprete, que, longe de retirar-lhe um suposto significado oculto, a ela atribui, em um processo de compreensão e significação, um sentido próprio, processo esse pautado pelos seus préjuízos e bagagem histórico-cultural, inerentes e indissociáveis de seu ser.

Lenio Streck, com supedâneo na obra heideggeriana (Ser e Tempo), diferencia texto de norma, explicando que o texto seria o ente e a norma o ser resultado da compreensão deste ente. Não haveria um sentido prévio no texto a ser resgatado pelo intérprete, como os adeptos de uma hermenêutica reconstrutiva afirmariam.

A norma jurídica é a compreensão fictícia do fenômeno real que ocorre no mundo fático. O ente (texto), analisado por si só, enquanto fenômeno, enquanto evento, não proporciona o desvelamento do ser, não possui a institucionalização necessária para ser compreendido como uma norma jurídica. É apenas em conjunto com outros aspectos que possibilitem a sua compreensão como um dispositivo pelo intérprete, levando-se em consideração a faticidade e a historicidade do ser, que condicionam a sua existência, que o texto passa a ser compreendido como norma, que o ente é desvelado, o que levou o autor a afirmar que

"não há separação/ruptura entre texto e norma; há sim, uma diferença ontológica entre eles" [19].

Nessa linha de entendimento, Juarez Tavares, seguindo Kaufmann, explica que[20]:

> Daí se dizer que a relação justo/injusto não está na lei, nem na natureza, senão na *forma* como se torna identificada. Esta posição provoca, definitivamente, a ruptura da relação sujeito/objeto e destaca a correção do juízo acerca do injusto exclusivamente do procedimento de aplicação do direito.

Mais adiante em sua obra, o autor parece adotar a postura aqui defendida, ao estabelecer que o injusto (a norma) não deve ser visto como um objeto em si, e, logo, algo à parte do sujeito (intérprete), mas como resultante de um processo próprio de construção de sentido realizado por este. Nas palavras do jurista[21]:

> Aplicável ao injusto, o uso do recurso da linguagem implica que a constituição do ato ilícito ou antijurídico depende de como se interpretam os signos que determinam o que é proibido, imposto ou autorizado. A conduta injusta, assim, não será entendida como produto de uma pessoa, mas simplesmente um acontecimento simbolicamente reproduzido por meio da linguagem. *Quem faz o injusto, no fundo, é o interprete, com base na norma ou com base na compreensão de seu sentido* [...] De todas as argumentações que se poderiam tecer acerca de como se alcançar verdadeiramente um conceito de injusto, resulta uma conclusão inafastável de que, em qualquer caso, *o injusto é um produto do sujeito situado em seu contexto social*, e sua fixação só terá validade se efetuada de tal forma que não torne duvidosa a orientação que esse mesmo sujeito possa receber do quadro de valores sob os quais atua.

---

[19] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 249. Ênfase acrescentada.

[20] TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 51.

[21] *Ibid*., pp. 99-101. Ênfase acrescentada.

> Seguindo a crítica de WARAT, podemos dizer, assim, que a *recuperação do sujeito só poderá ser efetuada se for ele tomado em todas as suas dimensões, como pessoa individual e como pessoa situada num determinado contexto*. Caso se queira obter na configuração do injusto um mínimo de segurança jurídica a todas as pessoas num Estado democrático, será indispensável repensar a função da linguagem e de seus símbolos e sua atuação nessa configuração.

Ainda em âmbito Penal, Paulo Queiroz[22] tece as seguintes considerações sobre a circularidade da compreensão e da interpretação:

> Conseqüentemente, interpretar um texto legal, isto é, compreender e fazer compreender o seu significado, não é uma questão de mera aplicação de métodos, porque entender e interpretar textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence ao todo da experiência do homem no mundo, e isso se dá de tal modo que aquele que compreende já está incluído num acontecimento em razão do qual se faz valer o que tem sentido, de sorte que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar dirigida no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos. Dito de outro modo: a compreensão do sentido lingüístico não constitui um fenômeno puramente receptivo, pois implica, inevitavelmente, a autocompreensão do próprio sujeito que realiza a compreensão, fazendo surgir o direito histórico, concreto. Assim, a interpretação do direito realiza-se por meio de um processo circular de compreensão, em que entre o texto e o intérprete se estabelece uma mútua referência, pois, como diz *Saavedra*, o leitor entende o texto a partir da posição de parcialidade que decorre de sua relação com

[22] QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 51-52. É importante registrar que os pensamentos pautados na ideia da diferença, de maneira a sustentar a impossibilidade de respostas corretas e, consequentemente, defender a necessidade do paradigma do "bom sujeito", do "bom juiz", do "bom promotor", não se coadunam com a visão hermenêutico-filosófica do texto como um evento. A hermenêutica filosófica não partilha desse entendimento porque ela não confia no sujeito e porque acredita que a compreensão que se antecipa não é deste, e sim da linguagem, visto que o homem, para a hermenêutica filosófica, não domina o que compreende; resta dizer: é o ser humano que pertence à linguagem, e não o contrário, razão pela qual a autocompreensão não é e nem resulta em uma compreensão arbitrária

> o objeto mencionado no texto [...] o que parece evidente é que não há nenhuma leitura ingênua, senão que o intérprete sempre leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender quando empreende a leitura do texto.

Para ilustrar o seu pensamento, o mencionado doutrinador compara a interpretação a uma fotografia[23]:

> Parece haver algo de mágico, aliás, nessa crença de que o juiz julga segundo uma (suposta) vontade da lei ou do legislador, pois seria como acreditar, por exemplo, que, a partir do sopro de um sax ou do dedilhar de uma guitarra, se pudessem produzir todos os sons e melodias, já que, de acordo uma *[sic]* tal concepção, importa mais o objeto do que o sujeito, mais o instrumento do que o instrumentista [...] Conclusivamente, a interpretação, à semelhança da fotografia, varia conforme não apenas as imagens que se vêem e se contemplam, mas, também, conforme a ciência ou a insciência, a maturidade ou a imaturidade, a arrogância ou a humildade de quem interpreta ou fotografa, pois o homem-juiz , ao pretender julgar 'o processo conforme a lei', julga , também, conforme os seus medos , as suas pretensões e os seus sentimentos, a sua vocação ou o seu alheamento, a sua grandeza ou a sua pequenez, julga, enfim, segundo a sua sensibilidade. A interpretação é uma fotografia da alma do intérprete.

É necessário notar que a compreensão nunca se dá a partir de um "grau zero[24]". A ideia aqui defendida é a de que o ser humano jamais inicia o seu processo hermenêutico de um nada, de um vazio cognitivo,

---

[23] *Ibid*., pp. 53-55.

[24] "Novamente, aqui, a distância entre teoria do discurso e hermenêutica: não há grau zero na compreensão; e não há como estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma 'imparcialidade' proporcionada por um princípio *D*, como quer Habermas. O procedimento implica um puro espaço lógico, uma troca de argumentos. *Só que cada um já sempre vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão.* Na formulação do juízo de validade (fundamentação-justificação) já está presente a dimensão estruturante, transcendental, que se assenta no mundo prático (que é assim denominada 'situação concreta' de que falam os juristas). E isso é instransponível" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63).

de um marco zero a partir do qual desenvolverá as suas considerações para alcançar uma conclusão.

A noção de pré-compreensão e de círculo hermenêutico busca chamar a atenção para o fato de que o intérprete já se depara com o objeto, como um texto, por exemplo, munido desde antes (e sempre) de um projeto de compreensão previamente delineado e esboçado. É a partir dessa constatação que Stein afirmará que "nunca somos transparência, sempre somos um projeto já projetado, somos um jogo que já sempre foi jogado[25]", e que já sempre "chegamos tarde" na interpretação, já depois de acontecido (*nachträglich*), ou seja, só depois que somos fato concreto de ser no mundo, historicamente determinados, é que podemos compreender, visto que a compreensão é sempre limitada por algo que vem de outro lugar, que determina o nosso ser e limita o nosso compreender – o que Gadamer irá chamar de consciência histórica efetual -, e que é condição essencial para que o pesquisador possa atingir a chamada situação hermenêutica[26].

A referência de que sempre trazemos dentro de nós um projeto a partir do qual encaramos o texto traz à baila a noção da dialética da pergunta e da resposta aduzida por Gadamer, quando este afirma que, ao nos aproximarmos de um texto, formulamos interrogações que vão nortear nossa interpretação, de forma a responder a essas perguntas por nós já previamente formuladas. Disso decorre a noção de que, desde o primeiro momento em que pousamos o olhar sobre um caso que nos seja apresentado enquanto "operadores do Direito", por exemplo, já temos

[25] STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 69.

[26] *Ibid*., pp. 57-58 e p. 76.

um convencimento, uma opinião acerca do assunto, como a convicção de quem está certo e de quem está errado.

No momento em que prosseguimos com a leitura das páginas dos autos, formulamos indagações às quais procuramos responder de acordo com o que desde antes nos convencemos, pois, segundo Heidegger[27], compreender é antecipar-se, ao passo que interpretar é verificar esse projeto já pressuposto, já delineado, já esboçado em nossas mentes desde o primeiro contato com o texto.

Longe de começar a sua prestação jurisdicional de um "grau zero" de compreensão, como se sua mente fosse opaca (*tabula rasa*) antes da leitura da inicial, o juiz busca nos autos aquilo que corrobora a tese que carrega consigo desde antes enquanto ser humano, transformando muitas vezes em citações as passagens de obras ou dos próprios autos que refletem o seu posicionamento, de maneira a fundamentar sua decisão e dizer que "não foi ele quem falou aquilo", ou demonstrar "de onde tirou o que acabou de dizer", a fim de atender ao dever de motivação[28].

Isso não quer dizer que o projeto acima mencionado seja impassível de modificação. Pelo contrário, o projeto de compreensão é constantemente atualizado e revisado. Contudo, é muito mais difícil e trabalhoso convencer alguém que partilha de uma opinião diametralmente oposta da nossa, pois o outro possui um projeto diferente,

---

[27] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

[28] Art. 93, IX (Judiciário) e art. 129, VIII c/c **§ 4º** (Ministério Público), ambos da Constituição Federal. Note-se, também, a observação de Streck de que "no Estado Democrático de Direito, não há mais que se falar em livre convencimento do juiz, porque traz embutida uma dose considerável de subjetividade (esquema sujeito-objeto). Aliás, segundo consta, foi exatamente por isso que Habermas substituiu a razão pratica (solipsista) pela razão comunicativa" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 132-133 - nota de rodapé 22).

principalmente se possuir uma não rara resistência ao diálogo[29] e à crítica. Segundo Gadamer[30]:

> Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.

Assim, tendo sido ofertada uma breve visão acerca do conceito de giro linguístico e do entendimento da compreensão enquanto vinculada a um projeto de um todo, resta tecer alguns comentários sobre o que se entende por linguagem e finitude, de forma a nortear o caminho a ser traçado a partir deste ponto.

3.3 DA FINITUDE HUMANA

Em Seis estudos sobre "Ser e Tempo", Ernildo Stein, seguindo Heidegger, formula uma crítica ao método cartesiano consubstanciado na filosofia da consciência, trazendo à tona a necessidade de conscientização da limitação humana e da superação da metafísica, o que denomina de encurtamento hermenêutico, como condição importante para que

[29] Dialogar, debater e conversar não implica, necessariamente, fazer remissão ao agir comunicativo. Nesta passagem, dialogar faz remissão aos "instrumentos" que o ser humano possui (os sentidos, a leitura, a fala, dentre outros), mediante os quais é capaz de maturar seu pensamento, de conhecer mais e de aprender com os outros, o que pode resultar na revisão de seu projeto interpretativo e na mudança de sua postura.

[30] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 75.

possa ser desenvolvida uma abordagem adequada das ciências do espírito e da compreensão humana. Nas palavras do autor[31]:

> Como crítico particular desta tradição, do dualismo cartesiano, da relação consciência-mundo, da relação sujeito-objeto, a crítica da fenomenologia como método se tornaria um dos motivos principais do confronto com o mestre Husserl. Todo *Ser e Tempo* se desenvolve na direção de um novo começo, mesmo de uma nova questão do método. Nele apareceria uma nova figura, uma nova metáfora (a geométrica) opondo-se às metáforas da luz das teorias da consciência e seus métodos: o círculo hermenêutico. Desaparece a idéia de transparência, do espelhamento, da re-flexão, da introspecção, da reduplicação do mundo na consciência [...] O que denomino de *encurtamento hermenêutico*: a rejeição de Deus e das 'verdades eternas' e a forclusão (rejeição) do mundo e a rejeição das 'leis naturais' (o que Heidegger chamará de superação da metafísica) e a proposta de superação da relação sujeito-objeto, base das teorias da consciência, preparam, portanto, em Heidegger, a mudança do paradigma tradicional e a proposta de uma nova questão do método.

Entende Stein que a historicidade que norteia a produção do conhecimento não implica em uma limitação, mas sim já em um princípio de compreensão. Ao ser afastada a noção metafísica de um mundo ideal e abstrato ao qual a consciência deve ser erigida, de forma a "resgatar" as ideias ditas puras, verdadeiras e "perfeitas" - que é exatamente o que pretendeu o idealismo platônico com o mito da caverna[32] -, ao contrário de se obter uma perda no processo de compreensão, ocorre um ganho, pois, na medida em que o homem se dá conta de sua condição limitada na contemplação filosófica, em razão de sua existência enquanto ser imperfeito, enquanto ser humano, se dá conta, também, que sua

[31] STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "Ser e Tempo"**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 32.

[32] PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

compreensão sempre parte de pré-juízos (pré-conceitos) que já carrega consigo desde sempre, moldados e construídos por sua vivência e formação histórico-sociocultural.

Essa é, em uma visão superficial, a ideia de finitude da compreensão humana desenvolvida por Stein: a noção de que o ser humano, antes de possuir um defeito ou uma fraqueza ao ser finito, limitado, imperfeito, deve assumir, reconhecer e levar em consideração esse aspecto de sua existência, de modo a produzir um conhecimento que se coadune com o mundo em que vive e com sua própria condição humana, com sua própria imperfeição, desvencilhando-se de uma abordagem metafísica e divina da ciência e da produção científica que acaba por resultar em uma visão do objeto a ser estudado como algo à parte, suspenso em um mundo idealizado.

A conscientização de que existe uma finitude no viver humano e a presença de pré-conceitos que influenciam sua compreensão e interpretação possibilitam uma abordagem mais clara, real e madura por parte do intérprete, que deve, antes de tudo, compreender a si mesmo e identificar seus pré-juízos, suas influências, para desvelar e desocultar o ser e proceder com uma interpretação mais próxima da realidade, mais atenta às peculiaridades de cada caso e da maneira em que se dá a compreensão dele mesmo enquanto ser-no-mundo (o *Dasein* – o ser-aí heideggeriano). Nas palavras de Stein[33]:

> Na insistência no pensamento essencial Heidegger procura fazer sentir a necessidade de um novo modo de pensar, porque a metafísica pensa a relação entre ser e homem, se não no plano da pura subjetividade, então no âmbito da relação sujeito-objeto. Somente um pensamento que parte da

[33] STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001, p. 272-273.

> analítica existencial, em que se revela a estrutura ontológica circular da faticidade, é capaz de pensar o ser e o homem sem querer estabelecer entre eles uma ponte. Talvez Heidegger se refira ao conhecimento do ser quando diz, em *Nietzsche*: "O conhecer não é como uma ponte, que qualquer dia e posteriormente liga duas margens, por si existentes, de uma corrente; mas o conhecer mesmo é uma torrente que já através do seu deslizar cria as margens e as aproxima uma da outra, mais originariamente que qualquer ponte o poderia". "Nenhum caminho do pensamento, nem mesmo o do pensamento metafísico, parte do homem e vai desse para o ser, ou inversamente, parte do ser para voltar ao homem. Muito antes, todo o caminho do pensamento já *avança* sempre *em meio* à relação total de ser e homem, senão não é pensamento".

É na linguagem, portanto, que se dá a compreensão humana, caracterizada por ser imbuída de finitude e limitação, em razão de aspectos fáticos e histórico-socioculturais (faticidade e historicidade) que moldam e constroem o pensar do intérprete, este sempre inserido em determinado contexto, em determinada sociedade e em determinada época. A linguagem não é algo estranho que paira sobre as cabeças dos homens, mas sim o próprio meio no qual necessariamente se dá a compreensão. Nas palavras de Carneiro[34]:

> Desse modo, o giro lingüístico inaugura novas possibilidades para a filosofia e acentua a identificação da linguagem como um meio universal, em contraposição à sua condição de cálculo (KUSCH, 2003). Em verdade, a linguagem deixa de ser "uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto" (STRECK, 2004a, p. 62) – uma mera representação semântica da realidade – e passa a ser considerada como um meio universal de significado. Como medium (mitte) (GADAMER, 2003b, p. 589) a linguagem passa a ser

[34] CARNEIRO, Wálber Araujo. Epistemologia e hermenêutica: o lugar do diálogo na compreensão do direito. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (Org.). **Metodologia da pesquisa em Direito**. Salvador: 2010, p. 710. Ênfase acrescentada.

> condição de possibilidade para o significado das coisas, constituindo-se como um horizonte para a determinação do ser e, ao mesmo tempo, determinando os limites dessa compreensão (STEIN, 2001b). Luiz Rohden (2003, p. 236), argumentando sobre a relação entre a hermenêutica e o medium linguagem, utiliza-se de uma metáfora kantiana e explica que a linguagem está para a compreensão humana assim como o ar está para o vôo de uma pomba. Inicialmente, a pomba poderia pensar que o seu vôo seria facilitado em um espaço sem ar, quando, na verdade, é a própria resistência que, ao mesmo tempo, limita e viabiliza o vôo. Portanto, só compreendemos porque pertencemos à linguagem e, ao mesmo tempo, só compreendemos o que nela encontramos significado. A linguagem é, portanto, o ponto de partida para essa nova relação entre ciência e filosofia. A partir dela, poderemos encontrar repensar no direito a (difícil) relação entre dogmática e zetética; entre direito positivo e crítica; entre ciência e filosofia. Esse é o nosso objetivo a partir de então.

A alegoria da pomba kantiana acima mencionada pretende demonstrar que a linguagem, longe de ser um mero instrumento facilitador da compreensão, é condição *sine qua non* para que esta se dê. A filosofia de Kant, muito embora também tenha sido pautada na metafísica (o que em muito influenciou seu discípulo Kelsen), desenvolve a noção de que à condição humana pertencem a noção de tempo e espaço, o que chamou de "formas da sensibilidade", que já estariam presentes em nossa consciência antes de qualquer experiência.

Para o referido filósofo, a compreensão humana é sempre limitada, sendo impossível que o homem venha a conhecer como as coisas são em si, mas apenas como as coisas são para cada um, ou seja, como cada ser humano compreende o mundo, de acordo com sua finitude, vivência, experiência de vida e capacidade sensorial[35], organoléptica. O título de

[35] Talvez os adeptos da Gestalt pudessem elucidar com maior clareza esse aspecto.

sua obra, Crítica da Razão Pura, é por si só um ataque ao racionalismo cartesiano, na medida em que refuta a hipótese de que possa existir uma racionalidade dita perfeita e ideal, "pura", mas tão somente limitada e delineada pela finitude humana, imperfeita, "impura".

Para Kant, o imperativo categórico é condição transcendental para o conhecimento, transcendência essa que se dá fora da linguagem, eis que busca desenvolver uma noção de moral universal. Husserl, por sua vez, desenvolve a noção de intencionalidade da consciência, que possibilitaria a redução eidética ou fenomenológica (*epoché*) que procura alcançar a essência das *coisas*, o que se dá dentro da consciência do ser humano. Contudo, para Heidegger, a transcendência não se dá nem na consciência, nem fora da linguagem, mas na linguagem, e, estando o ser inserido nela, condição essa que lhe permite compreender, conforme visto com a alegoria da pomba, ocorre a transcendência, a ampliação dos horizontes.

Aury Lopes Jr. desenvolve ideia semelhante à questão da limitação humana proposta por Kant. Ao analisar os meios de produção de prova, em especial a testemunhal, o autor tece um paralelo com a arte de pintar para aduzir que[36]:

> Se imaginarmos a testemunha como o pintor, encontramos em MERLEAU-PONTY a lição magistral de que *faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo*. Isso porque, ensina o autor, a idéia de uma pintura universal, de uma totalização da pintura, de uma pintura inteiramente realizada, é destituída de sentido. Ainda que durasse milhões de anos, para os pintores, o mundo, se permanecer mundo, ainda estará por pintar, findará sem ter sido acabado. Ademais, a verticalidade do

[36] LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280.

> homem o impede de conhecer a totalidade, pois 'o mundo está em torno do homem e não diante dele'. Existe uma historicidade surda, que avança no labirinto, por desvios, transgressões, usurpações e pressões súbitas, que impedem o pintor (e a testemunha) de retratar. Isso não significa – explica MERLEAU-PONTY – que o pintor não saiba o que quer, mas sim que ele está aquém das metas e dos meios... até pela impossibilidade de apreensão do todo (e a verdade é o todo, recordando CARNELUTTI).

Tecidos breves comentários sobre a noção de compreensão humana e sua finitude, do que se entende por virada ontológica (giro linguístico) e da noção de interpretação como resultante de um projeto de um todo pressuposto pelo intérprete, que é constantemente revisado, resta adentrar no objeto principal desta obra: uma análise epistemológica da ponderação de valores como método eleito para a solução de colisões entre princípios e direitos fundamentais, bem como, em passagem, da subsunção, em virtude de terem sido construídos sob a égide de um mesmo paradigma científico.

4

O MÉTODO DA SUBSUNÇÃO E A METÁFORA DO TETRIS

Provavelmente o leitor ou leitora neste ponto já se perguntou para que foi dedicada mais da metade desta obra com considerações acerca da hermenêutica filosófica, análise da compreensão humana e investigação sobre a construção do Direito como ciência influenciada pelo cientificismo e racionalismo cartesiano do século XVII. A resposta é simples: é a partir do que foi dito até então que será possível realizar uma abordagem epistemológica acerca da ponderação de valores (e da subsunção).

No início da obra, foi dito que a crescente onda de metodização da produção do conhecimento alavancada pelas ciências naturais (e pela necessidade capitalista de expansão) acabou por abarcar as ditas ciências do espírito, as quais possuem características que em muito diferem das primeiras. Com o intuito de galgar o status de ciência e, consequentemente, o prestígio[1] que isso acarretava na época, o Direito acabou por ser abordado com uma visão objetificante, regido por um paradigma

[1] Heidegger afirma que a filosofia é perseguida pelo temor de perder prestígio e importância se não for ciência (HEIDEGGER, Martin. Carta sobre o Humanismo. *In*: **Conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.150), ou que "filosofia não tem nada a ver com ciência" (*Idem*. **Ser e Verdade**: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, p.190). Cita-se, ainda, Julius von Kirchmann, quando defende que "*la jurisprudencia no tiene carácter científico*" (KIRCHMANN, Julius Hermann von. La ***jurisprudencia no es ciencia***. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de estudios politicos, 1949, p.30), além de A. L. Machado Neto: "o predomínio da ideologia positivista no século XIX, e a consequente redução de todo saber válido ao esquema da ciência natural de tipo física, resultou, na mente do jurista, numa espécie de má consciência quanto aos títulos de cientificidade da velha jurisprudência, pois é óbvio que ela não se ajusta ao padrão experimental e generalizador das ciências de laboratório" (MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.14).

normativo-dogmático, oriundo, sobretudo, da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo.

Essa visão do Direito como ciência objetiva e racional, baseada em um paradigma sujeito-objeto, resultou na adoção de um método também objetivo e racional - o método subsuntivo – de forma a solucionar os casos da maneira mais "científica" possível. Todavia, tendo em vista que com a virada ontológica, com a contribuição da hermenêutica filosófica e, sobretudo, com a crescente conscientização dos juristas de que o idealismo e o positivismo ainda exercem forte influência sobre o Direito, não é mais possível desconsiderar o sujeito como parte indissociável do processo interpretativo, muito menos taxar qualquer tentativa de interpretação que ultrapasse os parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico como uma "subjetividade não-científica" que deve ser desconsiderada.

A metáfora do Tetris (ou do jogo dos blocos de montar[2]) significa uma crítica ao atual método subsuntivo da ciência do Direito resultante de um pensamento silogístico-dedutivo. O jogo dos blocos de montar, muito comum entre as crianças, consiste em um conjunto de peças, geralmente de plástico, que devem ser encaixadas em um suporte no qual estão contidas as formas (moldes) daquelas. O objetivo do jogador é identificar o espaço em branco, a lacuna no suporte, para, posteriormente, escolher o bloco correto e encaixá-lo no espaço, completando, assim, a sua tarefa.

[2] Wálber Carneiro desenvolve entendimento semelhante fazendo alusão ao Lego, outro brinquedo de montar. Vide: CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica e o fato compreendido como jurídico. **Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS**. N. 57. Fev/2005. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_fevereiro2005/docente/doc01.doc. Acesso em: 17.08.22. Prefere-se o Tetris tendo em vista que, neste, há uma ideia de continuidade: o jogo não acaba nunca se os blocos forem devidamente encaixados, pois as linhas vão sumindo, abrindo-se espaço para que sejam formadas mais linhas eternamente, em alusão à profissão de vários "operadores do Direito" que passam a vida inteira a "jogar" com os dispositivos legais. O jogo só acaba com o fim da bateria do videogame - ou o fim da vida dos "operadores".

O Tetris funciona em moldes semelhantes: é um jogo eletrônico no qual várias peças percorrem de cima para baixo a tela do videogame, devendo o jogador encaixá-las corretamente na base para eliminar linhas e não deixar que as peças erroneamente encaixadas se empilhem até o topo do visor, o que finaliza o jogo (*game over*).

Ora, isso é exatamente o que ocorre com os "operadores do Direito" atualmente. Movidos pelo convencimento - que geralmente já lhes é passado na graduação - de que a função do "operador" é solucionar o caso a ele apresentado aplicando um ou alguns dispositivos, enunciados de súmula ou jurisprudência prontamente fabricados pelo *habitus*, o intérprete acaba por se tornar um simples participante desse enorme jogo de blocos de montar composto pelo ordenamento jurídico (peças ou blocos) e pelos ditos "fatos da vida" (espaços em branco), muitas vezes anulando-se e conformando-se com a simplória e cômoda tarefa de reproduzir as soluções dadas por seus professores, doutrinadores ou jurisprudência prediletos.

O objetivo se torna o encaixe, a subsunção, de forma a eliminar e resolver o problema apresentado e continuar encaixando e subsumindo interminavelmente os casos que aparecem, tarefa que muitas vezes é premiada com um bônus – ou adicional de produtividade[3] – aos "operadores" que resolvem mais casos em sua jornada de trabalho, ou seja, que

[3] É necessário esclarecer que isso não é uma crítica aos profissionais que buscam agilizar o trâmite dos processos há tempos acumulados na Justiça brasileira, com o intuito de conferir um mínimo de realidade ao já onírico art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. É uma crítica, isso sim, aos profissionais que, sem o mínimo de atenção, dedicação ou cuidado, imbuídos pelo sentimento fordista, transformam-se em verdadeiras máquinas de produção em massa de decisões, pareceres e afins, satisfeitos apenas em rubricar sua assinatura ao que lhes é apresentado. Ora, isso não é um juiz, ou um procurador, mas uma máquina, e de máquinas já temos demais. Fatores políticos ou econômicos até explicam, mas não justificam esse atuar, pois, como se já não bastasse a falta de estrutura do sistema, quanto mais robotizados (e insensíveis) nos tornamos, mais contribuímos para transformar a justiça material em um sonho inalcançável, principalmente diante da infeliz realidade de que não raras vezes necessitamos – e não possuímos – de condições estranhas às que encontramos nos livros e nas leis para sonhar.

não deixam a pilha acumular, que eliminam mais linhas (casos) que "aparecem na tela".

Um exemplo que pode ilustrar essa visão do Direito como um enorme mecanismo, um objeto que se encontra distante do intérprete, e não dentro da própria compreensão deste, é a não rara e insistente afirmação pelos professores universitários e pela doutrina, desde o primeiro contato do estudante com a matéria, de que a função do bacharel é se tornar um "operador do Direito".

Não é difícil notar que essa expressão, "operador do Direito", já carrega consigo a noção embutida de que o Direito é um objeto, um mecanismo que deve ser operado pelo sujeito, em uma clara alusão ao esquema sujeito-objeto de se pensar a ciência jurídica, o que também ocorre com a expressão "caso concreto", como se existissem casos que não fossem concretos. Que dizer, então, da chamada presunção absoluta (*jure et de jure*), fundada em uma "verdade" metafísica (paradoxalmente), apofântica, que não admite prova em sentido contrário?

Assim, desde cedo os futuros "operadores do Direito" são bombardeados com ensinamentos ainda irrigados pela visão cientificista do século XVII, o que, se não resulta na formação de mais metodistas, certamente ajuda a influenciar a sua compreensão e formação intelectual desatenta aos alertas que a hermenêutica filosófica, por exemplo, busca divulgar.

Mas não é só nos livros ou na sala de aula que o paradigma normativo-dogmático encontra guarida. O próprio ordenamento jurídico formula defesas e dificuldades para que o intérprete não ultrapasse os limites que lhe são impostos pelo método subsuntivo. Um bom exemplo é o art. 932 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que o relator

poderá dar ou negar provimento a recurso se ele estiver (ou não) em conformidade com a jurisprudência predominante.

Esse dispositivo estabelece um empecilho para que alguém questione o que já foi decidido pela jurisprudência, pelo senso comum teórico. Em outras palavras, o dispositivo busca inibir que a parte ouse questionar a compreensão já desenvolvida pelos desembargadores ou ministros, ou seja, a atribuição axiológica, a interpretação realizada por outro sujeito que não o intérprete que questiona o caso, em uma perigosa "ditadura da interpretação correta", tudo em nome de uma suposta (e metafísica) segurança jurídica e do desafogamento do Poder Judiciário, em uma espécie de *non liquet* em sentido reverso[4].

A jurisprudência também parece insistir na tese de que o signo possuiria uma pré-definição incontestável, construída, sobretudo, pelo legislador[5] e pelo senso comum teórico (aquilo que consta nos livros e na jurisprudência, por exemplo), devendo simplesmente subsumi-lo ao caso concreto e aplicar fórmulas pré-fabricadas, imbuídas de significação atribuída por outro intérprete, como se o signo possuísse apenas um

[4] Sobre o tema, vide nossa obra mencionada no prefácio.

[5] Com Agostinho, já foi dito que a exteriorização do compreender humano jamais se dá de forma plena, integral. A comunicação humana seria "ruidosa", falha, de forma que ninguém nunca consegue expressar *exatamente* o que compreende ou pensa. É o chamado *verbum interius* agostiniano, a palavra interior que buscamos externar, mas que sempre perde parte do que realmente pensamos quando adentra o meio linguístico. Disso decorre a noção de que todo meio de prova, por mais convincente que seja, nunca pode ser visto como a visão verdadeira de um fato ocorrido. Não é incomum aqueles que desconhecem o giro linguístico e a noção do Direito enquanto inserido em um processo circular de compreensão e interpretação formularem afirmações – principalmente em suas peças ou sustentação oral, por exemplo - do tipo: "isto é um fato e, enquanto tal, é inquestionável!". Ora, quem proclama uma frase dessas desconhece o processo hermenêutico e o esquema sujeito-sujeito de se compreender o Direito, pois fatos não existem – existem, sim, interpretações sobre fatos, eis que cada qual compreende e percebe determinada situação da vida de maneira diferente de outrem, de acordo com seus pré-conceitos, valores e, inclusive, sentidos e capacidade cognitiva, que desde sempre carregam consigo, de modo que jamais existirá uma situação inquestionável, um "fato", pois cada qual vê, ouve e percebe o mundo de acordo com suas próprias peculiaridades e limitações, razão pela qual jamais existirá uma prova incontestável, principalmente testemunhal. Vide, para aprofundamento: GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, pp. 70-81.

único sentido - aquele eleito pelo senso comum teórico. De acordo com Streck[6]:

> A literatura jurídica "coloca à disposição" dos juristas todo tipo de conceitos (verbetes, ementários, etc), como se estes pudessem abarcar as diferentes especificidades dos casos (concretos!), isto é, as diferentes hipóteses de aplicação. *Verbi gratia*, é como se em um verbete – que assim é transformado em uma "pauta geral", porque de aplicação universal – do tipo "*legítima defesa não se mede milimetricamente*" estivessem contidas todas as *legítimas-defesas-que-não-podem-ser-medidas-milimetricamente-com-um-esquadro*, ou se o verbete "*a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes de estupro*" estivesse contida a essencialidade (ou *a holding*) relativa à credibilidade-da-palavra-da-vítima nos crimes sexuais, ou ainda, a *contrario sensu*, o verbete "*a inidoneidade da vítima retira da palavra da vítima a presunção de veracidade*", contivesse, de forma fetichista, a universalidade do conceito de *inidoneidade-causadora-da-perda-de-credibilidade* da palavra da vítima no crime de estupro/atentado violento ao pudor.

O método de colmatação de lacunas (em especial por analogia) do ordenamento jurídico também pode ser visto como outro exemplo de como a subsunção regula o atuar do "operador". Ao não encontrar um dispositivo capaz de ser aplicado ao caso, o ordenamento autoriza o intérprete a buscar outro dispositivo semelhante, análogo, para fechar o processo interpretativo; contudo, sempre dentro do ordenamento jurídico. Apenas em último caso o intérprete é autorizado a utilizar-se dos "bons costumes", ou de outros parâmetros, para solucionar o caso, como a equidade aristotélica, por exemplo – e este último procedimento apenas quando expressamente previsto em lei[7].

---

[6] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 218 (nota de rodapé 24).

[7] Art. 140, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Note-se, portanto, a deificação da objetividade do ordenamento em prol de uma maior segurança, precisão e exatidão jurídicas, o que acarreta, todavia, a perda de atualidade e de possibilidade de obtenção de respostas mais condizentes com a realidade e mais fiéis à própria condição humana de ser finito.

Se por acaso o juiz, convencido de que a melhor resposta, ou a resposta "constitucionalmente adequada[8]", não pode ser encontrada mediante a observância do atual paradigma cientificista, corre o risco de ser destituído do cargo pela proibição do *non liquet*, que verdadeiramente diz, a exemplo dos *slogans* dos comerciais de cerveja: "Julgue com moderação" – ou seja, de acordo com os limites que o ordenamento te impõe (não ouses demais, ó magistrado, pois a Espada de Dâmocles – ou o senso comum teórico - pende sobre tua cabeça).

A autoproteção do ordenamento jurídico a possibilidades diversas de interpretação (e, consequentemente, afronta ao método subsuntivo) é tamanha que foi necessário editar os enunciados sumulares nº. 343 e 400, do Supremo Tribunal Federal, para dizer aos "operadores do Direito" que é possível haver mais de uma interpretação em cada caso, que um determinado dispositivo pode ensejar mais de uma compreensão!

Dessa visão parece decorrer a chamada presunção absoluta de direito (*iure et de iure*), que praticamente dita uma única solução, um único caminho a ser perseguido, em prol da segurança do ordenamento jurídico, além do aclamado princípio da legalidade (sobretudo em sua

[8] "Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma *Crítica Hermenêutica do Direito* – é possível alcançar aquilo que pode ser denominado de 'a resposta hermeneuticamente adequada a Constituição', que, se assim se quiser, também pode ser chamada de 'resposta correta'" (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 183).

modalidade "reserva absoluta")[9], capaz de bloquear qualquer mínimo desvio do intérprete ao que a regra impõe, sob o fundamento de que, se não está previsto em lei, não pode ser feito. Nas palavras de Bernardo Pimentel Souza[10]:

> O vocábulo '*literal*' inserto no inciso V do artigo 485 revela a exigência de que a afronta deve ser tamanha que contrarie a lei em sua literalidade. *Já quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis.*

Esses exemplos servem de ilustração de como o Direito ainda é pensado de acordo com um esquema sujeito-objeto, calcado em um paradigma normativo-dogmático oriundo da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo, o que aconteceu principalmente depois da cientificização do saber jurídico e de sua tentativa de objetivação nos moldes das ciências naturais, que, inclusive, também estão submetidas ao caos e à instabilidade[11].

Com base nessas constatações, resta tecer alguns comentários acerca da ponderação de valores sob uma visão epistemológica calcada na filosofia hermenêutica heideggeriana e na hermenêutica filosófica gadameriana.

---

[9] Note-se que o princípio da legalidade, na ânsia de tentar impedir o intérprete de cometer eventuais abusos em seu agir, acaba, da mesma forma, por privá-lo de uma interpretação mais ampla, na medida em que condiciona o seu atuar – até mesmo porque princípios não abrem, e sim fecham a interpretação (*Ibid*., pp. 142-145 e p. 212). Cria-se, então, um sistema apenas aparentemente aberto, que, em verdade, é lacrado por seus próprios princípios e regras, os quais não obstante buscam fornecer uma maior liberdade de interpretação em cada caso "concreto", estão em uma constante peleja ao limitarem-se uns aos outros. O ordenamento, então, assume a forma de uma pequena estufa de plantas, que, a despeito de sua cultura possuir todo um potencial de expandir-se e alcançar alturas superiores, é bloqueada pelas paredes do próprio sistema que lhe alimenta e garante sua subsistência.

[10] SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 495-496. Ênfase acrescentada.

[11] PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p.203.

5

PONDERAÇÃO DE VALORES – UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA

Foi dito nesta obra que o Direito ainda é regido por um modelo objetivista, por um paradigma que procura negar e afastar a atividade do intérprete na tentativa de conferir maior metodicidade, segurança e técnica no exercício das funções jurídicas.

Esse paradigma científico é oriundo, sobretudo, da filosofia da consciência, do paradigma aristotélico-tomista e do modelo dedutivo-subsuntivo, que buscam construir a produção do conhecimento de acordo com um esquema sujeito-objeto que termina por inserir o pensador (sujeito) em um mundo à parte do objeto, como se este habitasse um local distante do qual deva ser resgatado por intermédio da razão, nos moldes do idealismo platônico.

Esse modo de ver o Direito parece ter sido influenciado pela onda de cientificização e tecnização do saber iniciada pelo racionalismo cartesiano do século XVII (além da revolução industrial, sobretudo a segunda) e pela tradição metafísica, que acabou por abarcar a quase totalidade da produção do conhecimento de maneira a conferir o status de ciência (e, consequentemente, o respeito e a seriedade) somente àqueles que se enquadravam em determinados requisitos capazes de conferir uma abordagem metódica e mais exata ao seu objeto, nos moldes das ciências naturais como a Física e a Matemática, por exemplo, o que acarretou, principalmente, no afastamento do sujeito enquanto

presença intrínseca e indissociável do processo compreensivo e de produção do conhecimento.

O método da subsunção, destarte, surge como um procedimento mediante o qual o Direito se afirma e se constroi como uma ciência pautada nos paradigmas retro mencionados. Assim, desde a época da faculdade, os futuros intérpretes são ensinados de que a sua função será "operar" o Direito por intermédio do método da subsunção, que devem encaixar os "fatos da vida" no mundo fictício e ideal das "normas jurídicas", escrever um tópico para as "questões de fato" nas peças processuais e outro tópico denominado "questões de direito", de maneira a obter uma resposta ao que lhes é apresentado mediante um pensamento silogístico, método que foi chamado, nesta obra, de metáfora do Tetris.

Ocorre que, com a evolução social e a positivação de inúmeros direitos fundamentais e princípios na Constituição Federal de 1988, o método subsuntivo começou a não mais ser capaz de responder a conflitos ocorridos em um grau maior de complexidade, tendo em vista que não seria possível afastar um princípio em detrimento de outro, por não ser o princípio uma regra capaz de ser declarada válida ou inválida e, portanto, não suscetível do método do *all-or-nothing* dworkiniano.

Começou a se convencionar que o método da subsunção permaneceria vigente para a solução de conflitos ocorridos entre regras jurídicas, em casos ditos de menor complexidade ("casos fáceis" ou *easy cases*), enquanto seria necessária uma nova técnica, já prontamente metodizada, capaz de solucionar conflitos mais complexos, ocorridos em grau constitucional entre princípios e direitos fundamentais[1].

[1] Lembrando que, para Alexy (*op. cit*), direitos fundamentais possuem caráter de princípios.

Essa técnica não poderia ser calcada em um procedimento de afastamento ou declaração de invalidade de um princípio em detrimento de outro, por possuírem estes uma "dimensão de peso" que deve ser sopesada, como em uma balança, bem como em razão do compartilhamento do mesmo nível hierárquico (constitucional) entre os princípios conflitantes. Assim, surge a ponderação de valores (ou, para alguns, de princípios) como a técnica a ser aplicada para a solução desses casos mais complexos, decorrentes de choques entre princípios constitucionais: os chamados "casos difíceis", ou *hard cases*.

Já foi visto, com Gadamer, que o caminho da metodologia jurídica seria observar que a interpretação do Direito se dá a partir da antecipação do sentido (compreensão), da verificação e revisão de um projeto (interpretação) e da aplicação das conclusões a uma dada situação fática, sendo todos esses momentos interligados, faces de uma mesma moeda. Apesar disso, pode-se verificar que os métodos da subsunção e da ponderação de valores na ciência do Direito se encontram na contramão do que foi dito até aqui, ou seja, da visão do Direito como um saber inserido em um processo de virada ontológica, além das contribuições formuladas pela filosofia da linguagem, pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica.

Não seria de todo errôneo afirmar que o método da subsunção, portanto, não é um modelo viável ao Direito contemporâneo, visto que somente confirma e corrobora a ideia aqui defendida, qual seja, a ideia de que a ciência jurídica foi construída com base em um paradigma lógico-dedutivo/normativo-dogmático que elegeu o método subsuntivo

como procedimento a ser seguido pelo intérprete nos moldes de um patamar de (pretensa) cientificidade. Na visão de Carneiro[2]:

> Na linha de tecnificação, o primeiro recurso metodológico que merece rechaço é o da subsunção, já que ela não corresponde à operação de aplicação do direito. Essa afirmação não se dá pelo fato de o modelo lógico ser menos apropriado, mas pelo fato de o modelo lógico não ser um modelo viável, possível. *A subsunção, vista a partir dos aportes paradigmáticos aqui defendidos, nunca existiu, nem mesmo para aqueles que acreditavam – ou ainda acreditam – que ela exista. Quando se preconiza a morte da subsunção, está se preconizando a morte de algo que nunca existiu*. A subsunção representava um vetor de racionalidade que, devido ao ambiente epistemológico dominante – presente de modo consciente ou inconsciente no jurista – provocava a falsa impressão da existência dessa operação. Antes de supostamente unir o direito ao fato, a premissa maior com a premissa menor, ambos foram compreendidos. Acontece que essa compreensão sempre foi camuflada pela operação silogística. Por isso, afirma Gadamer (2003b, p. 433) que "a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação". A busca, portanto, pela concretização da Constituição deve, acima de tudo, se dar a partir da admissão de que a subsunção não é apenas imprópria, mas inviável.

Mas não é apenas a subsunção que está inserida nessa crítica. Também a ponderação de valores, por ter sido construída pela doutrina dentro do mesmo paradigma científico com base no qual foi adotada a subsunção, se encontra na contramão da virada ontológica.

Primeiramente, insta perguntar: o que são "casos fáceis" e "casos difíceis"? Quem os define? Será que é possível separar, abstratamente, situações e condutas previamente pensadas pelo legislador, pela

[2] CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica e argumentação jurídica**: uma análise a partir da fenomenologia de Ser e Tempo. Monografia. São Leopoldo, 2006. Ênfase acrescentada.

doutrina e pela jurisprudência em casos de menor ou maior complexidade, de maneira a estabelecer se será utilizada a subsunção ou a ponderação de valores?

A distinção entre casos fáceis e casos difíceis é metafísica. Não existem casos fáceis ou casos difíceis, mas, apenas, casos. A complexidade de um caso é aferida, em sua concretude, por cada intérprete. Um caso pode ser fácil para alguém e difícil para outro, e isso poderá resultar em uma balbúrdia epistemológica no momento em que um mesmo caso poderia ser solucionado pela adoção de métodos diferentes (subsunção para um e ponderação para outro), o que quebra com o caráter da universalidade e objetividade científica e com a eleição de um método aplicável a cada situação abstratamente definida. Nas palavras de Streck[3]:

> Distinguir casos simples de casos difíceis significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, *como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil?Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?* [...] a distinção ou cisão entre *easy* cases (casos simples) e *hard cases* (casos difíceis) é metafísica, porque, em um primeiro momento, antes da distinção – que tem o caráter causal-explicativo -, já há um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existência, em que se enraízam estes dois elementos de caráter epistemológico [...] Dito de outro modo, *a distinção entre casos simples e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto*. Essa distinção, entretanto, é apenas objetivista, metodológica, de teoria do conhecimento.

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 199-200.

Com isso em mente, se não deve haver distinção entre *hard* e *easy cases*, também não deve haver distinção entre maneiras ou procedimentos de abordagem interpretativa para solucionar cada caso, eis que, assim como a cisão de casos se dá em um plano abstrato, metafísico, pois o ordenamento busca prever condutas e soluções universais capazes de abordar, se não todas, a grande maioria das situações que porventura ocorram no "mundo fático" (como se existisse outro), também o estabelecimento de caminhos pré-definidos que devem ser seguidos pelo intérprete (subsunção ou ponderação) atende a esse pensamento calcado em uma abstração metafísica, apofântica, e, portanto, não verdadeira, no sentido grego de verdade como desvelamento (*aletheia*).

Quando o legislador promulga as suas leis, a doutrina veicula os seus conceitos e os tribunais editam a sua jurisprudência, construindo, assim, o *habitus dogmaticus*, o seu objeto é abarcar condutas abstratamente previstas e estabelecer soluções, métodos e caminhos pré-definidos que devem ser seguidos pelo intérprete. Contudo, as normas jurídicas jamais serão capazes de prever todas as hipóteses de aplicação, tendo em vista a enorme gama de nuances e especificidades que podem ser encontradas em cada caso. Nas palavras de Günther[4]:

> Somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicação de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo sobre a adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber.

Ao afirmar que a assertiva acima está pautada em um pensamento lógico-dedutivo, Streck, explica que devemos inverter o que denomina

[4] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

de "fórmula Günther". Para o autor, a questão de não podermos abranger, faticamente, todos os casos de aplicação (abstrata) de uma norma não resulta na impossibilidade de fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação, mas sim o contrário: é por ser impossível fazer coincidir juízos de validade com juízos de adequação que não podemos abarcar todas as condutas abstratamente previstas na norma.

A impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas possíveis no "mundo concreto" não decorre de uma "impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber[5]". A impossibilidade de uma norma abarcar todas as condutas humanas decorre de elementos ontológicos, históricos, fáticos, e socioculturais que individualizam cada conduta humana no tempo e no espaço.

Ainda que tenham ocorrido duas colisões entre veículos da mesma marca e modelo, na mesma rua, no mesmo dia, em condições semelhantes e dentro das mesmas circunstâncias ambientais, esses dois casos jamais serão iguais, e, portanto, o intérprete jamais poderá utilizar uma das fórmulas de solução de casos para "derrubar dois coelhos com uma cajadada só".

Essas duas situações não são iguais porque cada caso possui a sua peculiaridade, a sua singularidade, decorrente da faticidade e da historicidade do ser que o acompanha desde sempre. A concretude[6] de cada caso, portanto, o individualiza e o torna único, o que requer, da mesma maneira, um tratamento único por parte do intérprete. Já disse

---

[5] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58.

[6] Como já dito anteriormente, todos os casos são concretos, razão pela qual a doutrina incorre em pleonasmo ao utilizar a tão comum expressão "caso concreto". Isso é mais uma constatação de que o pensamento jurídico ainda é fortemente influenciado pelo esquema sujeito-objeto, pois, se há um "caso concreto", é porque haveria um "caso abstrato", oriundo de um mundo metafísico que fundamentará a subsunção, a acoplação desse caso "abstrato" a outro dito "concreto".

Heráclito, aliás, que o mundo é um eterno fluir, como um rio; assim como o mesmo homem não pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois no segundo banho homem e rio já não são mais os mesmos, também dois casos não são iguais, eis que cada qual possui a sua própria individualidade, os seus próprios fatores e circunstâncias; em outras palavras, cada qual possui a sua historicidade.

Ao adotar métodos abstratamente previstos para a solução de casos "concretos", o Direito acaba por cindir interpretação de aplicação, pois já é dada uma interpretação pré-fabricada pelo *habitus*, cujo produto é a norma jurídica a ser subsumida, a ser acoplada ao caso "concreto", restando ao intérprete a única tarefa de aplicar essa norma, fazê-la incidir em uma situação fática, como se houvesse dois momentos: o momento da construção do sentido, resultante da interpretação da norma jurídica pelo legislador, doutrina ou jurisprudência, e o momento da aplicação desta norma (já significada) pelo intérprete ou, como muitos preferem, pelo "operador do Direito".

Para a hermenêutica filosófica, não há cisão entre interpretação e aplicação, pois interpretar é aplicar, o que ocorre em um processo único de circularidade hermenêutica, e não em momentos diversos, em etapas distintas, como parece defender Emilio Betti[7], por exemplo. De acordo com Streck[8]:

> Penso que esse equívoco também é cometido por Günther, em cuja teoria da argumentação os discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade. Com efeito, embora Günther, ao contrário de Alexy, diga que a colisão

[7] BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.150.

[8] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62.

> de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pretensões de validade (que são discursos de fundamentação/justificação), porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si em uma situação concreta, entendo que, mesmo assim, ao separar/cindir discursos de fundamentação de aplicação, *está cindindo interpretação de aplicação*. É como se o caso concreto existisse sem um sentido, que viria a ser acoplado por uma norma válida. No fundo, *a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a "coisas particulares"*. É como se um ente (o "fato concreto") pudesse existir sem o ser (sentido). Ora, sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação. O ser (sentido) não pode ser visto. O ser não é um ente. Daí a importância da diferença ontológica entre ser e ente e a diferença ontológica entre texto e norma, tese que trago para o âmbito da teoria do direito, procurando superar os problemas relacionados à interpretação, nesta etapa de inexorável crescimento do papel da jurisdição.

Muito embora a Constituição Federal carregue inúmeras promessas e preveja inúmeros direitos fundamentais e princípios como decorrência de uma modernidade tardia e jamais efetivada no Brasil, é notória a importância do intérprete na consolidação da Carta Política como maneira de conferir normatividade ao texto constitucional, nos moldes dos ensinamentos de Canotilho[9] e Konrad Hesse[10].

Para tanto, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito adquire uma enorme importância, tendo em vista que é o principal responsável por solucionar os casos e desavenças entre os cidadãos e promover a efetivação do quanto previsto na Constituição Federal, de

[9] Para aprofundamento, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

[10] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: SAFE, 1991.

forma que esta não se torne, como advertiu Lassale[11], um mero "pedaço de papel".

É com base nessa constatação que Streck propõe a sua Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia[12], ao defender a inocência de se pensar que deva existir uma única teoria constitucional capaz de ser aplicada a todos os países. Entende o autor que cada país possui sua peculiaridade, seus problemas e necessidades, razão pela qual se faz necessário uma abordagem diferente de cada um.

Assim é que a teoria habermasiana, por exemplo, ao considerar implicitamente o advento do *Welfare State*, pode ser adequada a países europeus, mas não ao Brasil, no qual o déficit social é estrondoso e onde há a necessidade de uma maior atuação do Judiciário, de maneira a resgatar as promessas não adimplidas da modernidade e efetivar o que o Legislativo e o Executivo preveem, mas não cumprem adequadamente[13].

À luz dessas lições é que esta obra procurou analisar a ponderação de valores sob uma visão epistemológica, buscando revelar a fragilidade do pensamento metafísico que ainda vigora no imaginário dos juristas para defender a afirmação de que o Direito é um saber prático, construído não a partir de um ordenamento recheado de fórmulas prontas, de uma interpretação suspensa em um mundo idealizado a partir do qual os métodos irão fazer incidir normas em casos "concretos", mas da aplicação, da faticidade e da historicidade de cada situação da vida,

---

[11] LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

[12] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 93-95.

[13] Chegamos ao ponto de ter que prever ações constitucionais como o mandado de injunção para que o Poder Público seja compelido a exercer o que deveria fazer cotidianamente. Ora, se o Estado não cumpre a Constituição Federal, estamos diante de um gravíssimo problema de ilegitimidade institucional, que afeta o próprio contrato social. Sobre o assunto, vide ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 31.

assumindo o intérprete um papel crucial para a concretização dos princípios e direitos previstos na Constituição.

Conceitos prévios, habitantes do *habitus*, impedem a singularidade de cada caso. Ora, da mesma forma que uma resposta em uma prova de faculdade é especificamente formulada para responder a uma específica pergunta, cuja elaboração e complexidade dependem da compreensão e conhecimento de cada professor (e de cada aluno, no caso da resposta), até porque cada intérprete possui as suas próprias limitações, pois, como já disse Wittgeinstein[14], "os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo", também a resposta para uma possível colisão entre princípios é imbuída de especificidade em cada caso que se apresente, razão pela qual o esquema sujeito-objeto, calcado nas metafísicas fórmulas prontas oriundas do *habitus*, não consegue solucionar os problemas da sociedade de maneira eficaz.

A virada ontológica, ao afirmar que o lugar da compreensão ocorre no modo-de-ser e na faticidade, rompe, destarte, com o modelo metodológico cientificista e seus procedimentos pré-definidos.

[14] WITTGENSTEIN, Ludwig. ***Tractatus Logico-Philosophicus***. Tradução de Enrique Tierno Galván. Madri: Alianza Editorial, 1985, p. 162. Como ilustração de como o mundo apreensível pelo ser humano é condicionado, "hermeneuticamente filtrado", pela linguagem, pode-se dar o seguinte exemplo. Todos os seres mitológicos que o homem imaginou, como serpentes marinhas, dragões, grifos, mantícoras, minotauros ou medusas, foram construídos a partir de animais ou partes de seres que o homem já conhecia previamente. O dragão foi imaginado a partir de um lagarto, que se torna gigante e cospe fogo. Já o grifo possui um corpo de leão em conjunto com asas, face, bico e garras de uma águia. Mesmo aqueles seres mais disformes possuem características conhecidas, sejam estas órgãos ou tecidos do corpo, objetos conhecidos ou um estado da matéria de que são feitos, como os elementais do ar, água, terra ou fogo, o Geleia de *Ghostbusters* etc. Até os alienígenas e o perispírito kardeciano são retratados com base no ser humano, em formas humanóides. Faça-se um teste: tente-se imaginar algum ser ou objeto feito de uma matéria, forma, cor ou qualquer atributo que nunca se teve conhecimento; não é possível. Na Grécia antiga, Xenófanes de Cólofon, reproduzido no Stromata de Clemente de Alexandria, parece ter desenvolvido entendimento semelhante, ao afirmar que "se mãos tivessem os bois, os cavalos e os leões, e se pudessem com as mãos pintar ou produzir obras de arte, como se fossem homens, pintariam as figuras dos deuses, os cavalos semelhantes aos cavalos, os bois semelhantes aos bois; esculpiriam os corpos deles, respectivamente, de acordo com o próprio aspecto" (Clemente, Stromata, V, 110).

Compreender não é mais um agir do sujeito, mas um modo-de-ser que se dá, intersubjetivamente, no mundo empírico, na faticidade e na historicidade do ser.

Nas palavras de Heidegger[15]:

> O homem está na verdade na medida em que a verdade é este acontecimento de desencobrir as coisas com base no esboço criativo, não que cada um cumpra individual e conscientemente, mas cada um já nasceu e se acha dentro de uma comunidade; ele já cresce e se desenvolve numa verdade muito bem determinada, com a qual ele, mais ou menos, se debate e discute. O homem é o sendo cuja história apresenta e expõe o acontecimento da verdade [...] Deve-se sempre perguntar primeiro: quem somos nós?

É a intersubjetividade ocorrida na comunidade, portanto, que será responsável por construir a verdade hermenêutica, e não o intérprete isoladamente. Para que a verdade possa existir, é necessário que ela seja uma verdade compartilhada, uma verdade para todos[16].

Com base nessa crítica, cresce um novo constitucionalismo[17] que refuta a ponderação de valores como método apto a solucionar colisões entre princípios. Entende essa corrente que a questão não é ponderar princípios, como sugeriu Alexy, mas, sim, aplicá-los, torná-los efetivos. Mediante a sua aplicação a casos "concretos", o texto constitucional deixa de ser um pedaço de papel, um mero documento que prevê abstratamente direitos.

---

[15] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Verdade**: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007, pp. 184-185.

[16] COSSIO, Carlos. ***Teoría de la verdad jurídica***. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007, p. 242.

[17] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 208-209 e p. 267.

Não há que se falar, portanto, em métodos para a interpretação, como a subsunção ou a ponderação de valores. Essa era foi ultrapassada pela virada ontológica, que posiciona o ser, e não mais o método, no *locus* da compreensão, em um processo circular de compreensão, interpretação e aplicação incindíveis - faces de uma mesma moeda.

É a partir da concretude de cada caso que o Direito deve ser construído, pelos intérpretes, em um processo hermenêutico circular e intersubjetivo. Para tanto, os princípios assumem uma posição crucial na efetivação das promessas constitucionais, pois é mediante a sua efetiva aplicação (e não ponderação) que o texto adquire a normatividade necessária capaz de tornar a Carta Política dirigente.

Apesar disso, a maior parte da doutrina ainda permanece fiel ao velho esquema sujeito-objeto, pautando seu atuar com base em um mundo abstrato e metafísico a partir do qual se deve "descer" ao "caso concreto". Talvez seja por isso que Geraldo Ataliba[18] tenha afirmado o seguinte:

> O intérprete deve presumir que o legislador constituinte soube informar-se nas ciências pré-legislativas. Não incumbe ao aplicador da lei reformular juízos de mérito ou apreciações substantivas já desenvolvidas pelo legislador constituinte e trazidas na Constituição [...] Assim, ao se tentar construir o conceito jurídico de imposto, ou taxa, ou contribuição, importam única e exclusivamente o desenho normativo do instituto e suas peculiaridades normativas; nada mais [...] O direito, a ciência jurídica como tal, tem, teve e não pode ter outro objeto senão um sistema de normas. Portanto, preordena-se não à essência das instituições sociais, mas à essência das instituições jurídicas,isto é, à configuração normativa que reflete, com inevitáveis desajustes, a realidade social, mas, justamente por ser um "refletor" com ela não se confunde. Tem sua própria e peculiar realidade, que deve ser

[18] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 153-154.

> analisada em si e compreendida em suas relações internas. Este é o objeto das ciências jurídicas. As relações externas, as que mantêm com a infra-estrutura social, suas tensões e influências recíprocas dizem respeito à Sociologia.

Da mesma forma, também talvez seja por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello[19] entenda que "não é lícito ultrapassar os limites do fenômeno que se põe como objeto do nosso estudo: o direito positivo. A realidade jurídica esgota-se no fenômeno jurídico, cansaram de proclamá-lo Pontes de Miranda, Cleber Giardino, Barros Carvalho e Alfredo Becker...", bem como que:

> o estudioso, quando procura um fundamento político para dado regime, *ipso facto* está se norteando em função daquilo que se encontra sob as normas e daquilo que deverá se encontrar futuramente sob elas. Não procura o direito existente, mas aquilo que existe por baixo do direito e aquilo que deverá existir. Não age como jurista, porque persegue o embasamento de um sistema de normas. Age como sociólogo, moralista ou político, o que lhe pode ser de elevada utilidade para muitos fins, sem que lhe proporcione grande proveito para a compreensão do direito. Mesmo quando supõe haver encontrado o que se acha por debaixo de um sistema jurídico, isto é, a razão pela qual se consagram tais ou quais regras, não se terá encontrado com as regras, mas simplesmente com as razões pelas quais se consagram; e não é este o seu objeto, como jurista[20].

Ou, ainda, Barroso e Barcellos, ao afirmarem que a colisão entre princípios faz parte da lógica do sistema[21], bem como Luciano Amaro

---

[19] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 128.

[20] *Ibid*., p. 166.

[21] BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

que, ao discorrer sobre a utilização da técnica de presunção e ficção para definir o fato gerador tributário, comenta que "as presunções dizem-se *legais* (ou *de direito*), se definidas em lei, e *humanas*, se estabelecidas pelo raciocínio humano, a partir da observação empírica...".

É necessário se dar conta, contudo, que o Direito não é construído a partir de um caminho pré-definido, que leva da abstração à concretude. O Direito é construído na concretude, na faticidade e na historicidade do ser, sem qualquer tipo de partição fásica ou procedimental, pois, como já disse Gadamer[22]:

> Na medida em que Heidegger redesperta a questão do ser, ultrapassando assim a toda a metafísica tradicional – e não somente o seu ponto mais alto no cartesianismo da ciência moderna e da filosofia transcendental -, ele alcança uma posição fundamentalmente nova frente às aporias do historicismo. O conceito da compreensão já não é mais um conceito metodológico como em Droysen. A compreensão não é, tampouco, como na tentativa de Dilthey de fundamentar hermeneuticamente as ciências do espírito, uma operação posterior e na direção inversa, que segue o impulso da vida rumo à realidade. Compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana.

Buechele[23], por sua vez, ao discorrer acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, assevera que:

> [...] a indeterminação de conteúdo, tão combatida, é exatamente um dos traços caracterizadores da norma constitucional, a qual, para a sua

[22] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 348.

[23] BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 171, *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 663.

> concretização, depende sempre da atuação criadora (e criativa) do interprete, de atribuir sentido a ela em cada caso especifico".

Ante o exposto, resta tecer algumas considerações finais sobre a metodização do saber jurídico, mais particularmente um alerta de como pode ser perigoso manter a noção de que incumbe ao "operador" somente o papel de montar, de subsumir, de descrever as questões de fato e enquadrá-las nas questões de direito[24], de solucionar conflitos entre princípios a partir de métodos calcados em fases e procedimentos pré-definidos, de modo a tentar oferecer uma visão diferente do Direito e da função de seus intérpretes.

[24] Oportuna é a lição de Carneiro, quando tece a seguinte afirmação: "Examinando as petições iniciais, veremos que a base argumentativa se dá a partir das 'questões de direito', restando às 'questões de fato' um tratamento meramente descritivo. Aí já se constata o primeiro desvio hermenêutico, na medida em que se delimita descritivamente um fenômeno que não subsiste e que tem sua delimitação a partir do seu sentido, ou seja, das 'questões de direito'. Nelas a argumentação se dá como adaptação do sentido aos fatos (sem se ter a noção que esse sentido já se deu) a partir de justificações metódicas, como se esses métodos fossem constitutivos de algum sentido. Na verdade, ao descrever os fatos, o sentido já se deu, caso contrário sequer essa descrição seria possível. Se o exame for levado ao modo como a argumentação se dá no processo judicial, veremos que se parte da premissa que o juiz é a 'encarnação'do 'grau zero'. Instrui-se todo o processo como se não houvesse no juiz uma compreensão antecipada de sua decisão. O processo judicial não é visto como um espaço reflexivo de compreensões antecipadas, como exige a nossa forma de "ser-no-mundo". Ao juiz não é dado a possibilidade de pré-julgamentos, como se fosse possível ao *Dasein* negar a sua forma de ser no mundo, a qual ele está desde e sempre condenado: compreender. Esses desvios provocam nas partes e no juiz, inclusive, uma única forma de ação: a estratégica. As partes, mesmo que tivessem algum interesse consensual, são obrigados a agir estrategicamente; o juiz, por ter que dar uma sentença justificada ao final, segue, estrategicamente, em busca dos elementos que justifiquem a compreensão que já se deu desde o momento em que ele leu a primeira linha da petição inicial. [...] Seria muito mais proveitoso se o juiz estivesse obrigado, logo na inicial, a revelar o seu projeto de compreensão e que o saneamento do processo se desse a partir da identificação dos elementos que promovem o não alinhamento de projetos compreensivos, para que a força desveladora da fenomenologia hermenêutica fosse, reflexivamente, em busca de um alinhamento" (CARNEIRO, Wálber Araujo. Diálogo e compreensão no direito: as possibilidades de uma epistemologia hetero-reflexiva no paradigma hermenêutico-filosófico. **Revista Direito UNIFACS**, nº. 102. Salvador: 2009).

CONCLUSÃO

Como foi defendido nesta obra, a ponderação de valores é vista pela doutrina como um método ou uma técnica que nortearia o intérprete no caminho a ser seguido para solucionar um "caso difícil" (*hard case*), ou seja, um caso no qual se verifique um choque entre princípios ou direitos fundamentais[1]. Esse método ponderativo, conforme o pensamento doutrinário majoritário, seria necessário para inibir, limitar e tolher uma liberdade exagerada do intérprete, que terminaria por se aproximar de uma perigosa tendência à arbitrariedade e ao decisionismo se não dispusesse de um método científico e objetivo que norteasse o seu pensar.

Por estar pautado em um pensamento cientificista, objetificante e tecnicista inerente à ciência do Direito, o "método" da ponderação busca negar ao intérprete qualquer possibilidade de interpretação não-científica, ou seja, qualquer interpretação desprovida de rigorosos critérios pautados na metafísica cartesiana, com o intuito de impedir que seu juízo valorativo e axiológico o guie no momento da ponderação.

Ocorre que, como foi apresentado quando se falou do giro linguístico ou virada ontológica, o intérprete está, a todo o momento, sempre influenciado por juízos valorativos. Os pré-conceitos, antes de ser um "perigoso subjetivismo", estão intimamente e indissociavelmente ligados

[1] Lembre-se que Alexy erigiu os direitos fundamentais ao grau de princípios.

ao ser humano, sem os quais não seria sequer possível formular uma sentença, por exemplo; sem os quais seria impossível compreender.

O discurso da doutrina em prol da metodização da ponderação de valores parece mascarar a racionalidade metafísica que ainda domina o pensamento jurídico contemporâneo, porque simplesmente não se aceita que o intérprete possua pré-juízos nem que possa ser influenciado por sua experiência de mundo quando tem de solucionar algum caso. Em outras palavras, a "ciência" do Direito e seus métodos objetivos, universais e "neutros" não aceita que o juiz, o promotor, o advogado, o procurador, o delegado, o jurista, enfim, o profissional do Direito, seja, antes de tudo, um ser humano, e, enquanto tal, finito[2], como se fosse possível ao intérprete se despir[3] de valores e pré-juízos adquiridos intersubjetivamente ao aplicar o Direito, como se este existisse à parte da realidade social.

Em virtude desse fato, muitos doutrinadores não percebem que a decisão, como o parecer, a sentença etc., não nos pertence enquanto sujeitos; ela se antecipa, já está lá, na linguagem, antes de nos darmos conta disso. E é exatamente por estar na linguagem, e não em nós, que a decisão não é nossa, tendo em vista que a linguagem, e com ela a decisão, não está contida nos seres humanos; nós é que pertencemos à linguagem, razão pela qual não nos pode pertencer, de igual forma, a decisão.

Esse desvelamento do ser que se oculta na linguagem e que nela reside, ou seja, essa descoberta dos pré-juízos que carregamos desde sempre conosco enquanto seres humanos pertencentes ao mundo da

[2] STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

[3] John Rawls parece desenvolver um raciocínio semelhante ao falar do "véu da ignorância" (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

linguagem, que nos envolve e nos permite compreender e, consequentemente, interpretar, é o que Heidegger chamou de verdade[4].

A verdade, cujo antônimo que sempre a acompanha é a "não verdade" (o não desvelamento), acontece antecipadamente na linguagem e não nos pertence. Qualquer resultado oriundo da metafísica que busque negar a presença do mundo linguístico jamais será hermeneuticamente verdadeiro.

O raciocínio metafísico camufla a verdade hermenêutica porque trabalha com proposições apofânticas, não se dando conta de que já chegamos tarde no processo interpretativo porque a compreensão já se deu - a verdade (ou a não verdade) já se verificou antes do pensamento metafísico entrar em cena, eis que somos sempre um "projeto já projetado, um jogo que já sempre foi jogado"[5].

Como chegamos sempre tarde na interpretação, depois de acontecido, a metafísica falha ao tentar se apresentar como a responsável pela busca da verdade calcada na razão e em procedimentos metodológicos, sendo que a verdade já se deu muito antes de qualquer tentativa de

[4] Não se deve confundir a verdade heideggeriana com a noção de que algo que foi dito ou escrito, por exemplo, é verdadeiro ou falso. A verdade pertence à linguagem, se antecipa. É o desvelamento do ser, a assunção, identificação e consciência de que existem pré-juizos que nortearão desde sempre o pensar do intérprete. Se a interpretação de algum evento foi tida como equivocada ou não, falsa ou verdadeira, ou seja, de maneira diferente de "como aconteceu realmente", é outra história. A verdade hermenêutica diz respeito à compreensão, ao desvelamento do ser (*aletheia*). A veracidade ou falsidade de um acontecimento, por outro lado, diz respeito a se houve ou não erro, omissão ou desconhecimento de algum aspecto do acontecimento que levou o intérprete a percebê-lo de maneira equivocada, em contraposição com a interpretação de outro, tendo em vista que fatos não existem; o que existem são interpretações sobre fatos. O equívoco não está na interpretação, que é relativa, mas em seu questionamento por outra que a contradiz por entender ser a que é provida de veracidade, por entender ser a que "observou o fato da maneira como realmente aconteceu". Ora, os fatos são percebidos diferentemente por cada um, o que os torna reais e verossímeis de forma relativa, de acordo com cada intérprete e suas limitações, possibilidade de compreensão, condições em que está inserido etc., razão pela qual o questionamento da veracidade de um fato sempre pressupõe o choque entre duas (ou mais) interpretações diferentes.

[5] STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 69.

norteamento do pensar mediante a adoção de métodos ou técnicas oferecidos pela metafísica, pelo pensamento científico racional.

A decisão contém o que já desde sempre se antecipou na linguagem, de forma que, ao primar por métodos ou técnicas de ponderação para evitar uma suposta arbitrariedade, a doutrina se mostra refém de uma situação cujo intuito é camuflar a linguagem, esta, sim, a real responsável pela decisão a ser exarada.

Perceba-se, então, que é a metafísica, o pensamento cientificista que norteia a ciência do Direito, que cria a condição de possibilidade para que o intérprete seja arbitrário, decisionista, pois, no momento em que o intérprete deixa claro que é influenciado por valores e pré-juizos como qualquer ser humano, sem os quais sequer poderia compreender um fato, no momento em que o subjetivo sai de trás do véu da metafísica que busca sempre o camuflar e o taxar de saber não científico e, portanto, desprezível cientificamente, ocorre, ao mesmo tempo, a rejeição do Direito e da doutrina a esse momento, taxando o intérprete de decisionista, arbitrário e subjetivo, de ativista judicial, no intuito de anular a decisão exarada por não estar de acordo com um pensamento metodológico que norteie o seu agir, a exemplo da ponderação de valores e da subsunção.

Não se pode adotar métodos estanques quando se trata do saber jurídico, visto que a imunidade metafísica é própria das ciências do espírito. O intérprete não pode ser robotizado e anulado como ser humano, pois sempre pertencerá à linguagem, estando sujeito a influências subjetivas e dotado de um processo circular de compreensão e interpretação sem o qual não poderia sequer perceber o mundo, quanto mais resolver um caso jurídico.

É esse pensamento, portanto, que dá título à presente obra. Ao questionar se o Direito estaria em um processo de revolução científica,

em termos kuhnianos[6], partindo do pressuposto de que a ciência jurídica não mais goza de estabilidade e segurança, tendo em vista que sua base científica e metodológica encontra-se questionada por um novo pensamento que se apresenta, seria possível afirmar que o paradigma científico adotado pela ciência jurídica, o paradigma lógico-dedutivo, subsuntivo, oriundo da racionalidade cartesiana, não é mais capaz (nem nunca foi) de oferecer respostas verdadeiras[7], e, com isso, solucionar adequadamente os casos, problemas e situações da sociedade, sobretudo diante da necessidade de respostas eficazes em concordância com um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Heidegger[8]:

> O "movimento" próprio das ciências se desenrola através da revisão mais ou menos radical e invisível para elas próprias dos conceitos fundamentais. O nível de uma ciência determina-se pela sua *capacidade* de sofrer uma crise em seus conceitos fundamentais. Nessas crises imanentes da ciência, vacila e se vê abalado o relacionamento das investigações positivas com as próprias coisas em si mesmas. Hoje em dia, surgem tendências em quase todas as disciplinas no sentido de colocar as pesquisas em novos fundamentos.

Seria de melhor prudência que o ordenamento jurídico não mais fosse visto como habitante de um mundo idealizado e metafísico, do qual devemos extrair as soluções para os casos da vida mediante um processo silogístico-subsuntivo. O Direito não sobrevoa nossas cabeças

---

[6] Para Kuhn, haveria um processo de revolução científica quando um paradigma é questionado e superado por outro. Vide: KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

[7] Em termos heideggerianos.

[8] HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 35.

– está dentro de nós, pois decorre de nossa compreensão e interpretação do mundo, que se dá de maneira circular e una.

Com isso em mente, seria possível afirmar que o Direito se encontra em uma verdadeira crise epistemológica, tendo em vista que seu paradigma norteador, qual seja, o paradigma lógico-dedutivo e normativo-dogmático, é calcado em um pensamento que resta superado, para esta obra, pela filosofia da linguagem, pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica,

Mas, então, qual o caminho a ser tomado? Está tudo errado? O Direito é ciência ou não é ciência? É necessário ou não a adoção de um método? Para responder a essas questões, é necessário elucidar alguns pontos.

Em primeiro lugar, o que se defende aqui é que o intérprete não deve se deixar levar – ou enganar – pelo senso comum teórico, o *habitus dogmaticus*, que não raramente domina a ciência, o que não quer dizer que deva pautar o seu agir exclusivamente por seus valores, por sua carga subjetiva. Isso já foi abordado pelo positivismo, ante a constatação de Kelsen de que a sentença representa um ato político e de vontade - não jurídico.

Não se deve confundir o reconhecimento do aplicador como o próprio construtor da norma, em um processo de significação, com a ideia de arbitrariedade do intérprete e ausência de método que o norteie. O intérprete deve levar em consideração o que pregam a doutrina, a jurisprudência e a lei, até porque é por intermédio deles que constrói e matura o seu pensar. Todavia, é necessário que se dê conta, em seu processo de compreensão, que a norma não se encontra suspensa em um mundo ideal pronta a ser subsumida ao caso "concreto", como se a

interpretação fosse um jogo de montar (dispositivo – fatos da vida) ou de balancear princípios.

Resta dizer: a norma é construída mediante um processo circular e intersubjetivo desenvolvido pelo intérprete na linguagem, que norteia e possibilita a compreensão. Dessa forma, é preciso proceder com muita cautela no processo hermenêutico, tendo em vista que o senso comum teórico tende a oferecer fórmulas prontas de subsunção para que ao intérprete restasse apenas aplicá-las, como se houvesse uma verdade universal oferecida pelo pensamento dominante, como se a interpretação somente ocorresse em um único momento *a priori* e a norma já viesse "empacotada", prontinha para que o intérprete a "opere".

Em segundo lugar, a ideia de que o Direito poderia estar em um momento de crise paradigmática (epistemológica) não significa o fim do mundo. Talvez seja, sim, o fim do mundo metafísico no qual habita o ordenamento jurídico; mas isso não quer dizer que tudo o que foi realizado e pensado até então não possui valia alguma. Essa, aliás, é a característica da ciência: a superação e modernização do pensar e de suas teorias, o que nos poderia autorizar a afirmar, com Kuhn[9], que a revolução científica, ou seja, o processo de mudança de um paradigma científico a outro, não visa à destruição de uma ciência, mas à sua atualização, de maneira que possa acompanhar a evolução da sociedade e do pensamento.

É necessário, portanto, abrir a mente para a aceitação de uma ideia que surge não como uma tentativa de instauração de um anarquismo epistemológico na seara do Direito *a la* Feyerabend[10], mas como uma

[9] Para aprofundamento, confira-se KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

[10] Muito embora a sua ideia de que a ciência está em constante evolução, sobretudo com a ruptura de paradigmas, não seja, *mutatis mutandis*, estranha a esse trabalho. Cf. FEYERABEND, Paul K. **Contra o método.** 3ª ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1989.

sugestão de abordagem do fenômeno social de uma maneira diferente, que se dá, sobretudo, pelo resgate do sujeito em sua experiência necessariamente intersubjetiva, há séculos oculto pela cientificização objetiva de um modelo calcado no racionalismo cartesiano, e mediante a construção da norma jurídica a partir da concretude, da faticidade e da historicidade do ser, de cada caso jurídico, e não de um plano abstrato, pois é somente com a aplicação (e não ponderação) dos princípios previstos na Constituição que o intérprete será capaz de conferir realidade pragmática ao quanto previsto na Carta Política e solucionar conflitos de caráter coletivo e transindividual[11], cada vez mais emergentes na sociedade contemporânea.

É necessário retirar o Direito de seu trono onírico, metafísico, solipsista, e trazê-lo de volta de onde nunca saiu, mas que procuramos a todo o momento negar ou acabamos por não notar a nossa própria cegueira, eis que ensinados desde cedo a assumir a função de simples "operadores" de um maquinário jurídico: o mundo real, vivido, necessariamente intersubjetivo, e, com ele, a concretude, a faticidade e a historicidade do ser objeto de interpretação, em toda a sua individualidade ontológica, de forma a tornar a Constituição Federal mais do que um simples pedaço de papel, mas uma Carta capaz de conferir eficácia e, principalmente, realidade aos inúmeros direitos, garantias e princípios nela previstos.

[11] O ordenamento jurídico, apesar de alguns avanços na seara social, ainda é fruto de um modelo liberal-individualista, o que o torna despreparado (e, com ele, o intérprete normativista) para o adequado enfrentamento de questões de caráter transindividual. Basta analisar a grade curricular das faculdades de Direito para constatar que as ações de caráter coletivo estão, geralmente, em um programa à parte, secundário; muitas vezes até opcional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Teoria de los Derechos Fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Nº 4. Salvador, 2001.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.**

CARNEIRO, Wálber Araujo. Diálogo e compreensão no direito: as possibilidades de uma epistemologia hetero-reflexiva no paradigma hermenêutico-filosófico. **Revista Direito UNIFACS**, nº 102. Salvador: 2009.

_____. Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão. **Revista Direito UNIFACS**, nº 58. Salvador: 2005.

_____. Epistemologia e hermenêutica*: o lugar do diálogo na compreensão do direito*. *In*: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (Org.). **Metodologia da pesquisa em Direito. Salvador: 2010.**

_____. **Hermenêutica e argumentação jurídica**: uma análise a partir da fenomenologia de Ser e Tempo. Monografia. São Leopoldo, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Hermenêutica e o fato compreendido como jurídico. **Revista Eletrônica de Direito da UNIFACS**. N. 57. Fev/2005. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_fevereiro2005/docente/doc01.doc. Acesso em: 17.08.22.

COSSIO, Carlos. ***Teoría de la verdad jurídica***. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2007.

DABIN, Jean. ***Doctrine Génerale de l'État***. Paris: Ed. Sirey, 1939.

DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O Modelo de Regras. *In:* **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. ***Grundsatz und Norm in der richterlichen Forbildung des Privatrechts***. 4ª ed. Tübingen, 1990.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método.** 3. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Verdade e método II**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HEIDEGGER, Martin. Carta sobre o Humanismo. *In*: **Conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e Tempo**. Parte II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Ser e Verdade**: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. La ***jurisprudencia no es ciencia***. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Instituto de estudios politicos, 1949.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 3ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011

PUHL, Adilson Josemar. **O Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade: Como Instrumento Assegurador dos Direitos e Garantias Fundamentais e o Conflito de Valores no Caso Concreto**. São Paulo: Pillares, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; DE OLIVEIRA, Marcia Gardenia. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. Ed. 2. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. MORAES, Filomeno. (Coord.). **Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004a.

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. 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, jan/dez 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. ***Tractatus Logico-Philosophicus***. Tradução de Enrique Tierno Galván. Madri: Alianza Editorial, 1985.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org