

resenha:

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Decido conforme minha consciência?

Michel Roberto Oliveira de Souza*



Em seu livro lançado em meados de abril de 2010 como primeiro livro da “Coleção o que é isto?”, Lênio Streck discute acerca daquilo que chama de filosofia da consciência, mais precisamente, a ideia de que para uma teoria possa ser considerada pós-positivista ela deva superar o que chama de mito do “decido conforme minha consciência”.

Já de se ver a capa do livro pode-se ter uma noção daquilo que Streck tenta passar. Explicamos: há uma gravura da Torre de Babel. É isto que já instiga o leitor desde a primeira vista. Nas palavras finais do autor, o livro poderia ter tido outro título: O que é isto – mixar objetivismo e subjetivismo em tempos de virada linguística?

Para tanto, Streck explica de um modo conciso aquilo que já expôs em outras obras, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (2009) e *Verdade e Consenso* (2009), que de certo modo dão suporte teórico para este volume.

Nos primeiros capítulos do livro, Streck nos apresenta a noção de sujeito, objeto e o chamado giro ontológico-linguístico, com o qual o sujeito deixa de ser o fundamento do conhecimento e este é libertado daquele sujeito que o condiciona. Ou seja, nas palavras do autor, “a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofânico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento” (STRECK, 2010, p. 16).

Em seguida, somos levados a várias decisões com as quais o autor procura desnudar o paradigma da consciência que entende que o direito é aquilo que o intérprete (juiz, tribunal, etc.) quer que ele seja. Para encobrir essa filosofia da consciência, o autor diz que é utilizado o ativismo/protagonismo do juiz, tanto nos tribunais quanto na própria doutrina, acobertando-se, assim, uma atitude subjetivista/discrecional dos juízes.

Streck identifica na doutrina, mais precisamente em vários processualistas, civilistas, constitucionalistas, do mesmo modo, uma tendência a estabelecer que o juiz deve julgar, em determinado momento, segundo aquilo que ele sente, de acordo com sua consciência, aquilo

que melhor lhe aprouver. É esta justamente a crítica de Streck, a necessidade de se ter naquilo que o juiz acredita a fonte da decisão judicial, ou seja, o que chama de solipsismo judicial.

Para Streck, tanto o Anteprojeto do Código de Processo Penal, quanto o Anteprojeto do Código de Processo Civil, à luz de uma filosofia da linguagem, são reféns de uma concepção de mundo que entende o modo de decidir como vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades (p. 47). A mesma crítica é feita à utilização exacerbada e sem controle dos princípios constitucionais dizendo que ao se fazer menção ao critério da razoabilidade, o que o autor chama de pan-principiologismo, decretando que “a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismo” (p. 48).

Para se resolver a colisão de princípios constitucionais, Streck explica que, segundo a teoria de Robert Alexy, utilizar-se-ia a ponderação numa colisão em abstrato desses princípios e que dessa operação resultaria uma regra (*de direito fundamental adscripta*) e que esta seria apta para a resolução da demanda da qual se originou a colisão de princípios. Portanto, a resolução da colisão de princípios seria feita por uma regra e a aplicação dessa regra seria feita por subsunção (p. 50).

Porém, em relação à ponderação utilizada no Brasil, o autor afirma que é aplicada diretamente, ou seja, não há criação de uma regra fundamental a ser utilizada na demanda que originou o conflito de princípios constitucionais, aplicando-se, sim, a proporcionalidade

diretamente, como se fosse uma regra. A despeito disso, o autor diz que “É por isso que venho sustentando – inclusive alterando posição professada há alguns anos atrás – que a proporcionalidade somente tem sentido se entendida como ‘garantia de equanimidade’. Ou seja, proporcionalidade – admitindo-se-a *ad argumentandum tantum* – não é (e não pode ser) sinônimo de equidade. Fora disso, o ‘princípio’ da proporcionalidade se torna um irmão siamês do livre convencimento, ambos *frutos do casamento do positivismo jurídico com a filosofia da consciência*, com o que voltamos ao âmago do tema tratado nesta obra: pode o sujeito solipsista se manter em pleno giro ontológico-linguístico?” (p. 50-51).

Através da passagem acima exposta e de várias outras, Streck tenta nos mostrar o que chama de filosofia da consciência que está impregnada na doutrina e nos tribunais brasileiros. Assim, apesar de toda a ruptura paradigmática da filosofia da linguagem com o sujeito (chamado de solipsista), o autor identifica que há, na verdade, a utilização de várias correntes teóricas, numa espécie de mixagem, para se defender essa ou aquela posição. Não há, desse modo, um estudo, demonstração, etc. da filosofia das posições doutrinárias e jurisprudenciais, como se fosse apenas um Ctrl+C e Ctrl+V de textos sem a menor preocupação com uma teoria filosófica que realmente rompa com o positivismo para dar sustentação. Afirma que:

O que importa referir é que, uma vez que passamos da epistemologia (teoria geral, na sua primeira “fase” e teoria do conhecimento em sua segunda “fase”) para a hermenêutica (fundada na virada linguística), é razoável pensar (e esperar) que essa ruptura paradigmática deveria obter uma ampla recepção nessa

complexa área do conhecimento que é o direito, mormente se parti(r)mos da concepção de que há uma indissociável ligação entre o positivismo jurídico – que tanto queremos combater – e o esquema sujeito-objeto (afinal, ninguém admite, principalmente no Brasil, ser epitetado de “positivista”). (p. 68)

Contudo, o autor adverte que, como “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia*. [...] deveria ser descipiendo acentuar que a *crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’*. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, ‘comandados’ por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais ‘abertos’ em termos de possibilidades de significado, *não constitui novidade* [...]”. “O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete” (p. 87).

Com isso, Streck quer dizer que a aplicação desses princípios não pode ser dependente daquilo que está na consciência do julgador, querendo questionar, assim, o limite da interpretação judicial, chegando até a

questionar o papel da doutrina, a qual vem sido enfraquecida, pois apenas vem reproduzindo aquilo que é decidido pelos tribunais, asseverando que “*É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária*” (p. 88)

A crítica de Streck parece ser deveras contumaz ao estabelecer que seja necessário romper com o paradigma que aposta no sujeito-objeto, sendo necessária, então, uma teoria que seja efetivamente pós-positivista para se elaborar uma teoria da decisão judicial que seja adequada com os padrões normativos e filosóficos que temos hodiernamente. Ou seja, o problema “do senso comum teórico do direito” a ser enfrentado é a “não superação do positivismo jurídico naquilo que é seu principal elemento – a discricionariedade, sustentada, por sua vez, no solipsismo do sujeito da modernidade” (p. 104).

Por fim, estabelece que para uma teoria ser realmente pós-positivista, deve “a) ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer o uso de mixagens teóricas;” e “b) enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo (aqui, como já se viu, o campo jurídico brasileiro é fértil nessa perspectiva, por se excessivo arraigamento à epistemologia e à filosofia da consciência)” (p. 95).

* MICHEL ROBERTO OLIVEIRA DE SOUZA é Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá