Revista Direito e Praxis

Desacordos compreensivos: uma necessária explicitação dos fundamentos teóricos na discussão jurídico-científica

Understanding disagreements: a necessary explanation about the theoretical foundations in the legal-scientific discussion

Lenio Luiz Streck[1]

[1] Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: lenios.1@lwmail.com.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8267-7514.

Luis Henrique Braga Madalena[2]

[2] Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: luishenrique7@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2600-0389.

Vinícius Quarelli[3]

[3] Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: viniciusquarelli@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7920-2331.

Artigo recebido em 08/07/2022 e aceito em 27/12/2022.

Como citar em *Ahead of print:*

STRECK, Lenio Luiz; MADALENA, Luis Henrique Braga; QUARELLI, Vinícius. *Desacordos compreensivos: uma necessária explicitação dos fundamentos teóricos na discussão jurídico-científica.* Revista Direito e Práxis, *Ahead of print,* Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: *link para o artigo*. Acesso em: xxxx. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/69069.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Resumo

Estas reflexões pretendem explorar os limites da crítica teórica e estabelecer um acordo mínimo acerca dos marcos teóricos envolvidos em uma discussão. Cuida-se de algo aqui denominado Desacordos Compreensivos. Enquanto objetivo geral, propõe-se investigar como uma crítica teórica deve(ria) ser formulada e quais são os limites dessa formulação. Já em se tratando do problema de pesquisa, esclarecer o que se apresenta como indispensável para que uma crítica possa ser considerada coerente como também o que pode fazê-la ser incoerente. A hipótese é a de que discussões teóricas, por vezes, desprezam o próprio conteúdo que visam examinar e faltam com o rigor que a prática exige. Quanto ao "método", se vale da fenomenologia hermenêutica. Por tudo isso, as reflexões aqui apresentadas se justificam enquanto um esforço de retirada das camadas de sentidos coagulados pela dogmática jurídica.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Filosofia no Direito; Desacordos; Hermenêutica; Crítica Hermenêutica do Direito.

Abstract

These reflections intend to explore the limits of theoretical criticism and establish a minimum agreement about the theoretical frameworks involved in a discussion. It takes care of something here called Understanding Disagreements. As a general objective, it is proposed to investigate how a theoretical critique should be formulated and what are the limits of this formulation. In terms of the research problem, clarify what is essential for a critique to be considered coherent, as well as what can make it incoherent. The hypothesis: theoretical discussions sometimes despise the very content they aim to examine and lack the rigor that practice demands. As for the "method", it uses hermeneutical phenomenology. For all these reasons, the reflections presented here are justified as an effort to remove the layers of meanings coagulated by legal dogmatics.

Keywords: Theory of Law; Philosophy in Law; Disagreements; Hermeneutics; Hermeneutic Critique of Law.

1. Introdução

Estas reflexões pretendem explorar os limites da crítica teórica e estabelecer um acordo mínimo acerca dos marcos teóricos envolvidos em uma discussão. Isso, como pressuposto necessário para que um embate de ideias possa conter caráter científico e consequente possibilidade de contribuição para o debate qualificado.

Enquanto objetivo geral, propõe-se investigar como uma crítica teórica deve(ria) ser formulada e quais são os limites dessa formulação no âmbito do Direito. Já em se tratando do problema de pesquisa, esclarecer o que se apresenta como indispensável para que uma crítica possa ser considerada coerente como também o que pode fazê-la ser incoerente. A hipótese: discussões teóricas, por vezes, desprezam o próprio conteúdo que visam examinar e faltam com o rigor que a prática exige.

Quanto ao "método", se vale da fenomenologia hermenêutica. Especificamente, "como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico" (STRECK, 2014, p. 20). Tornando-se necessário, pois, rediscutir as práticas discursivas dos juristas.

Por isso, um ponto arquimediano[1] a partir do qual o teórico seria capaz de avaliar conceitos jurídicos, políticos e filosóficos de forma neutral segue rejeitado. Em oposição a isso, este estudo reconhece que o homem, quando pergunta, já o faz dentro de uma tradição (OLIVEIRA, 2015, p. 201-202) e daí porque se examina a coerência teórica de uma crítica e não sua pretensa neutralidade. Assim como em *Verdade e Método*, a presente investigação se situa no âmbito do problema hermenêutico (GADAMER, 2015, p. 29) e procura explicar como o fenômeno da compreensão é incontornável.

Nesse sentido, o referencial teórico utilizado para as reflexões apresentadas é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)[2]. A partir deste contexto, exsurge uma reconstrução histórico-institucional da importância da compreensão. Sendo assim, objetiva-se

[1] Nesse sentido e "(t)al como se apresenta em Dilthey, a hermenêutica contém uma aspiração eminentemente metódica que a conduz a renunciar a constituir-se em 'teoria'. Ideia fundamental é o abandono da pretensão e qualquer 'ponto arquimediano', ou seja, de qualquer absoluto a partir do qual se construa um sistema fundacional (..) A ideia de 'fundamentação' é substituída pela ideia de 'explicação'" (PORTA, 2014, p. 162-163).

[2] Conforme desenvolvido na obra *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, a tarefa da CHD é a de desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos. Fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento daquilo que ocultamos de nós mesmos (STRECK, 2016, p.11).

compreender os *desacordos teóricos*[3] em uma dimensão mais profunda — por meio da elaboração de "desleituras"[4] desse fenômeno. Por tudo isso, as reflexões aqui apresentadas se justificam enquanto um esforço de retirada das camadas de sentidos coagulados pela dogmática jurídica. Veja-se: um problema só é (ou se torna) um problema quando se tem possibilidade de apreendê-lo (nomeá-lo, dizê-lo, simbolizá-lo e compreendê-lo) como tal (*etwas als etwas* – algo como algo) e o que se segue é aclaramento das (im)possibilidades desse caminho. No limite, daquilo que o sustenta e daquilo que prejudica a compreensão de algo como algo.

Mas ainda sobre a metodologia, cumpre explicar uma última opção que conduz o texto. Em razão da coparticipação de um dos autores deste trabalho para o próprio debate teórico no âmbito do Direito e também visando a apresentar um texto mais fluido, um dos coautores segue designado na terceira pessoa. Dessa forma, uma linguagem coerente no plano designativo é o que se procurou empregar.

Antecipando as principais questões abordadas, cada capítulo procura superpor camadas indispensáveis para se entender o fenômeno da (in)compreensão. Razão pela qual se torna necessário apresentar os seguintes aspectos que envolvem a questão. Num primeiro momento, porque o Direito tem na filosofia a sua condição de possibilidade (Filosofia no Direito). Em seguida, o que são os paradigmas filosóficos e como estão imbricados ao Direito (Paradigma filosófico - O que é isto?). Logo após, o que é a compreensão e como a insuficiência dela pode gerar conclusões equivocadas (Desacordos Compreensivos). A seguir e a partir do exame de uma crítica teórica em concreto, alguns contornos da temática são desenvolvidos (Os Desacordos Teóricos com Manuel Atienza). Ao final, considerações finais de ordem prescritiva são levantadas.

---

[3] Em resumo, o conteúdo de uma discordância individualiza sua natureza e daí porque os desacordos podem ser de ordem empírica, moral ou teórica. As primeiras são autoexplicativas. Desacordos empíricos são desacordos sobre os fatos: aconteceu ou não aconteceu? Pense num caso comum de trânsito, de responsabilidade civil. Ocorreu o fato? Meu carro bateu ou não bateu no seu? Podemos divergir. Mas desacordos empíricos são de mais fácil resolução. É mais fácil concordar empiricamente. Temos verificações possíveis, no sentido forte da palavra. Provas factuais. Já os desacordos teóricos estão em outra esfera. Não discordamos sobre os fatos. Não discordamos sobre o direito aplicável ao caso. Não discordamos sobre as leis ou precedentes relacionados. Mas discordamos sobre os fundamentos do próprio direito e as exigências desses fundamentos diante do caso concreto. Agora quanto às discordâncias morais, tratam-se de questões interligadas de moralidade, política e fidelidade. Numa adaptação de *Law's Empire*: em primeiro lugar, o que aconteceu? (desacordos empíricos); em segundo lugar, a lei permite que um operário ferido obtenha indenização de seu patrão? (desacordos teóricos); e em terceiro lugar, a lei negar o ressarcimento seria injusto? Se sim, juízes poderiam ignorar a lei e assegurar a indenização (desacordos morais).

[4] Trata-se de um "processo que pretende interpretar ou superar, por meio de outro texto, uma determinada tradição do pensamento" (STRECK, 2017, p. 33).

2. Filosofia no direito

A discussão das questões adiante articuladas, a toda evidência, pressupõe algumas pré-compreensões. Nesse contexto, torna-se imperioso reconhecer que o Direito não está imune à Filosofia. Em sentido contrário, o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que normalmente se imagina. Não se trata de uma mera racionalidade instrumental (STRECK, 2014, p. 78) pelo fato de que não é uma coisa à disposição do intérprete, mas, sim, um fenômeno interpretativo.

A Filosofia, a identidade da História, da Sociologia e das chamadas disciplinas propedêuticas, não servem para ornamentar o discurso jurídico e as tentativas de fundamentação do Direito. São, sim, condições de possibilidade do próprio Direito, do fenômeno jurídico, de modo que não há direito sem as propedêuticas. Não é possível tratar o fenômeno jurídico de forma apartada da Filosofia. Quer se queira ou não, os fundamentos e pressupostos filosóficos sempre estão presentes. Por mais que uma decisão judicial não mencione ou até negue expressamente os fundamentos filosóficos que lhe dão supedâneo, eles lá permanecem.

Exatamente no âmbito de tal discussão é que o termo "Filosofia no Direito" foi cunhado por Lenio Luiz Streck e por Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2003 (STRECK, 2019a, p. 43). Em síntese, um conceito que procura explicitar como o Direito tem na Filosofia a sua condição de possibilidade (STRECK, 2009).

Dito de outro modo, a Filosofia é aquilo que torna possível o campo conceitual e argumentativo do Direito, bem como aquilo que constitui o próprio espaço em que ele se move, de forma que é cientificamente inviável uma concepção defensora da tese de que o Direito possa caminhar ao largo da filosofia (STRECK, 2020b, p. 105). A questão é que não há grau zero de sentido. É exatamente este o caminho da crítica heideggeriana em face da vontade de poder[5], de modo que querer é sempre um querer algo, a vontade manifestada

[5] Falar-se em "vontade de poder" aqui, necessariamente remete à concepção nietzschiana, mas sempre observada pela abordagem heideggeriana. Da mesma forma que realizado na tradução brasileira da obra, realizada por Marco Antônio Casanova, aqui se ressalta a rejeição da tradução da expressão *Wille zur Macht* como "vontade de potência", como também ocorre com as traduções francesas, dado que aqui não se adequa por algumas razões, também enxergadas pelo mencionado tradutor. Casanova aponta preliminarmente que o termo utilizado por Nietzsche simplesmente não pode ser traduzido por potência, uma vez que isso não quer dizer, visto que em alemão há ao menos duas palavras para descrever potência: Potenz e Leistung. Nenhuma destas foi utilizada por Nietzsche, que fez uso de *Macht*, que literalmente significa poder. A tradução para "vontade de

sobre algo, de modo que jamais ocorre de forma entificada e abstrata. Mesmo assim, verificada essa ligação do querer, essencial para a vontade de poder, com o ser e com o ente, deve-se notar a que este mesmo querer é essencial e fundante para a mesma vontade de poder, sendo seu fundamento e fim, de modo que o querer apenas se justifica, pois se quer. Por isso, o querer quer o que quer como tal e estabelece o que é querido como tal (HEIDEGGER, 2010, p. 37-39). Especificamente na questão da discricionariedade administrativa, esta questão já foi tratada em pesquisa que demonstra como se deu uma ruptura teórica nos caminhos da concepção de temática no Brasil, especificamente a partir da noção de Francisco Campos (MADALENA, 2020, p. 190). Exatamente a partir da crítica de Heidegger é que a demonstração da construção de uma ilegítima tradição teórica é capaz de se formar e viciar a discussão científica, de forma a tornar impossível o debate por ausência de bases comuns dada a própria ruptura.

Concretamente debatendo essa questão, Ronald Dworkin (DWORKIN, 2010, p. 71-106) e Richard Posner (POSNER, 2012) trocaram palavras em seus escritos sobre a imprescindibilidade de se adotar uma postura teórica em sentido filosófico. No sentido da necessariedade das posturas teórico-filosóficas, Dworkin em "A Justiça de Toga" (sobretudo no capítulo intitulado "O Elogio da Teoria") e argumentando pela desnecessariedade, Posner em "A problemática da teoria moral e jurídica". Buscando ilustrar esse argumento, vale retomar o exemplo levantado por Dworkin ainda no início do capítulo supramencionado (DWORKIN, 2010, p. 71). Suponhamos que uma pessoa tenha tomado medicamentos genéricos que possam resultar em efeitos colaterais danosos. Também suponhamos que diversos fabricantes tenham fabricado esses medicamentos; e que a pessoa em questão não tem ideia de qual deles efetivamente fabricou os comprimidos que ela comprou. Por fim, ainda suponhamos que a pessoa tomou a medicação ao longo de dois anos e que por isso mesmo ela não tem certeza de qual medicamento lhe fez mal. Diante desse quadro é que surgem perguntas como: a pessoa poderá processar algum desses laboratórios?, todos eles?

potência" muitas vezes é justificada no sentido de escapar de indesejáveis sentidos da palavra "poder", que aqui não se fazem sentir. Sob o aspecto filosófico, ainda segundo Casanova, a argumentação também não se faz consistente, dado que se fala na aproximação da filosofia de Nietzsche e a noção de potência (*dynamis*) em Aristóteles, de modo que a "vontade de poder" terá mais em comum com possibilidade e não com a instauração fática das relações de poder. Ao realizar aproximação da filosofia nietzschiana, ver-se-á que o que se buscou foi efetivamente falar da instituição das relações de poder, com ênfase no poder que certas perspectivas exercem sobre outras perspectivas no interior das configurações vitais em geral e não de uma específica estrutura de possibilidade. Tanto é assim, que em diversos fragmentos publicados postumamente, vê-se que Nietzsche substitui a palavra *Macht*, por *Herrschaft* ou *Beherrschung*, que respectivamente significam domínio e dominação, o que acaba por prover um argumento decisivo e final para a tese aqui defendida (HEIDEGGER, 2010, p. 5-6).

ou ainda, seria possível afirmar que nenhum deles tem responsabilidade civil e que por isso não poderiam ser processados?. Nenhuma dessas perguntas vem com uma resposta pronta e daí porque "(n)a prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente" (DWORKIN, 2010, p. 72-73). Eis o papel da Teoria. Não há fatos brutos no mundo e os fatos só o são quando interpretados.

Por último, Rafael Tomaz de Oliveira já trabalhou alguns dos pontos mais importantes da discussão entre Posner e Dworkin (OLIVEIRA, 2013) e vale acentuar aquilo que se relaciona com o tema proposto. Do estudo do debate entre os autores em questão, pode-se extrair que toda teoria jurídica que pretende postular ou refutar algo se utiliza de algum fundamento filosófico[6]. Como não há um grau zero de sentido, da mesma forma que não se pode conceber uma vontade de poder incondicionada, toda alegação necessariamente se justifica em um paradigma que confere as condições de possibilidade para se dizer o que se está dizendo. Portanto, o que Dworkin postula é que toda proposta teórica (em sentido filosófico) não apenas é possível como também inevitável.

3. Paradigma filosófico - o que é isto?

No âmbito do Direito e da filosofia, muitos termos possuem uma bagagem histórica (no sentido gadameriano da tradição) constitutiva do contexto discursivo dessas práticas. É o caso do que se designa como "paradigma filosófico". Feita essa advertência e em virtude dela é que a história institucional do fenômeno segue reconstruída.

Para Edgar Morin, o ideário que conduz o conceito de paradigma se apresenta enquanto uma questão que carrega oscilações desde sua origem na Grécia antiga. Em Platão, poderia se referir a ideia da exemplificação de um modelo ou de uma regra. Ao passo que

[6] Aqui, não se desconhece a necessária influência das demais ciências, chamadas de propedêuticas, para a pesquisa jurídica, de modo que não se está a afirmar que apenas são considerados os aspectos dos fundamentos filosóficos que ecoam no Direito. Claro que sempre serão verificados os aspectos sociológicos, históricos etc. Mas, mesmo sob estes enfoques sempre há uma fundamentação filosófica. Sobre determinada abordagem histórica ou sociológica, por exemplo, verifica-se sempre um pilar filosófico. Isso pode ser verificado em uma pesquisa jurídica, especificamente no campo da História do Direito, especificamente fundada na História dos Conceitos de Koselleck. Esta, necessariamente possui um fundamento filosófico, que são a Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer. Portanto, a afirmação é de que sempre há um fundamento filosófico nas pesquisas jurídicas, as que perpassam por outras das chamadas ciências propedêuticas.

para Aristóteles, seria o argumento que, baseado em um exemplo, destinava-se a ser generalizado (MORIN, 2011, p. 262).

Após seu surgimento é que o termo adquiriu um sentido de vulgata e bastante afastado daquele da linguística estrutural, acrescenta Morin. A partir de então, passou a designar um princípio, uma regra geral ou um modelo. De acordo com o autor, um "conjunto de representações, crenças, ideais que se ilustram de maneira exemplar ou que ilustram casos exemplares" (MORIN, 2011, p. 263).

Em seguida e rompendo com o que parecia uma vitória do senso comum, Thomas Kuhn decisivamente conferiu importância à noção de paradigma com a obra "A estrutura das revoluções científicas" (KUHN, 2017). Em síntese, postulando a ideia de que o conhecimento científico não seria uma "pura e simples acumulação de saberes e que o modo de conceber, formular e organizar as teorias científicas era comandado e controlado por postulados ou pressupostos ocultos" (MORIN, 2011, p. 263) .

Já na tradição filosófica propriamente dita, Ernildo Stein apresentou uma concepção que inclusive influiu no cenário da Teoria do Direito no Brasil. Propostas teóricas de matriz hermenêutica como a Crítica Hermenêutica do Direito, bem como a produção acadêmica sobre o tema tendem a referenciar a obra "Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma".

Segundo Stein, paradigmas filosóficos são os fatores ordenadores que condicionam o enquadramento do conhecimento em uma determinada época (STEIN, 2004, p. 127). Em linhas gerais, podem ser compreendidos enquanto um vetor da racionalidade que exerce uma função estruturante no processo de conhecimento. Sendo assim, "uma dimensão organizadora e estruturante com que sempre operamos quando lidamos com processos de argumentação e até de validação do discurso jurídico" (STEIN, 2004, p. 159). Nesse sentido é que a obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* pontua que:

> "As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos que conformam o modo de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento (...). Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, nós chamamos, com Ernildo Stein, de paradigmas filosóficos. (...) Nesse sentido, a noção de paradigma filosófico funciona como um transcendental não clássico, ou seja, não ligado às amarras da subjetividade. Exerce ele uma função de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente" (STRECK, 2014, p. 142).

O que vale frisar é que, em "Exercício de Fenomenologia: limites de um paradigma", Stein sustenta que toda boa filosofia é, antes de tudo, uma tentativa de responder ao problema do conhecimento e que os paradigmas filosóficos se postam como *standards de racionalidade* que pretendem enfrentar toda essa problemática (QUARELLI, 2021a). Nos termos do próprio autor, esses *standards de racionalidade* constituem-se como "um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso" (STEIN, 2004, p. 127) e, no contexto jurídico, isto quer dizer que é justamente a partir desses *standards* que os juristas se tornam capazes de encontrar uma teoria capaz de orientar o levantamento de problemas e o conjunto de impasses a serem resolvidos. No limite, o *standard* se antecipa em nosso conhecimento — o sustentando e o condicionando. Processos de argumentação e até de validação do discurso jurídico são sempre questões que vêm depois, sempre.

Para além do argumento de que a discussão importa ao Direito pelo fato do seu não entendimento levar ao senso comum e a mal-entendidos (como se verá), deve-se assimilar que o (re)exame dos paradigmas filosóficos também importa pois eles necessariamente conformam o nosso modo de compreender o mundo.

4. Desacordos compreensivos

Assentando algumas questões até então apresentadas, cumpre entender que o Direito, com todas suas teses, crises e impasses, é um fenômeno que se apoia, eminentemente, em fundamentos de ordem teórica, que inclusive sustentam as demais propedêuticas. Questões como "o que é Direito?", "quais são os fundamentos do Direito?" e "como o Juiz deve decidir?" só podem ser indagadas e respondidas diante da prévia compreensão de que algo subsiste ali. Isso se trata da Filosofia no Direito e esse algo é a própria Filosofia.

Indo além, não basta entender essa imbricação entre Direito e Filosofia. O fenômeno jurídico (na sua dimensão filosófica) funciona a partir de vetores de racionalidade que condicionam o processo compreensivo e nesse sentido é que os paradigmas filosóficos representam uma realidade mais profunda e estruturante do conhecimento. Trata-se, aqui, de uma autocompreensão que torna possível discernir aquilo que alicerça os fundamentos

teóricos. Em uma possível categorização, Metafísica Clássica[7], Metafísica Moderna[8] e Filosofia Hermenêutica são alguns dos paradigmas filosóficos mais proeminentes nesse contexto. Sendo Aristóteles[9], René Descartes (DESCARTES, 2005) e Martin Heidegger (HEIDEGGER, 2015) pensadores que ilustram cada posicionamento, respectivamente[10]. A partir de Stein e da compreensão dos "princípios epocais" heideggerianos enquanto paradigmas filosóficos (STEIN, 2018), cumpre observar que "se no paradigma da metafísica clássica os sentidos 'estavam' nas coisas e na metafísica moderna estavam 'na mente' (consciência de si do pensamento pensante), na virada pós-metafísica ontoteológica os sentidos passam a se dar na e pela linguagem" (STRECK, 2020a, p. 233-234).

Por tudo isso, importa ter claro o que constitui o fenômeno da compreensão e a maneira correta de se interpretar o compreendido. Com Hans-Georg Gadamer, cumpre reconhecer que esse fenômeno jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado (GADAMER, 2015, p. 29) e que isso vale para tudo, inclusive para a Teoria do Direito. Assim, compreendemos (porque pré-compreendemos) para interpretar, e não o contrário. Em vista disso, vale recuperar uma metáfora contida na obra *Verdade e Consenso*: "O intérprete não 'decide' para depois 'fundamentar'. Se isso fosse verdadeiro, seria possível alcançar o outro lado do abismo gnosiológico do conhecimento e depois construirmos a ponte pela qual 'já teríamos passado'" (STRECK, 2017, p. 437).

Quando a tradição hermenêutica assinala que a compreensão não é um processo meramente subjetivo, isto significa que os sentidos não estão à disposição do intérprete. Não obstante, tal conclusão não é exclusividade desse paradigma. Desde aquilo que se denomina giro ontológico-linguístico (OLIVEIRA, 2015, p. 201-222), entendeu-se que sempre há um *a priori* que compartilhamos sem nos darmos conta e as *Investigações filosóficas* de Ludwig Wittgenstein são um exemplo desse aperceber[11].Explicando isso, "só se pode dizer que

[7] Na literatura, também é categorizado como paradigma "Aristotélico-Tomista".

[8] Também categorizado como paradigma "Filosofia da consciência".

[9] "Falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é. Consequentemente, quem diz de uma coisa que é ou que não é, ou dirá o verdadeiro ou dirá o falso" (Metafísica Γ 7, 1011b26-27).

[10] Explicando a razão de ser dessa categorização, cumpre registrar que outros autores como Platão, Santos Agostinho, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche e Jürgen Habermas (para ficar só em alguns) também moldaram o campo conceitual e teórico que assenta a problemática dos paradigmas filosóficos. Visando afastar digressões descabidas, o texto procurou espelhar conclusões do já citado Dicionário de Hermenêutica. Escolhe-se citar cada autor em razão da influência de cada um. Aristóteles (por fundar o campo metafísico e formular um arranjo epistemológico até hoje importante), Descartes (por inaugurar a ideia do sujeito da modernidade) e Heidegger (por fundar aquilo que Ernildo Stein chama de terceira cadeira que se coloca entre o objetivismo e o subjetivismo).

[11] Nesse sentido, "(u)m bom modo de compreender a problemática do solipsismo é ler Wittgenstein. Ele supera a tese central de sua primeira fase, a da obra *Tractatus logico-philosophicus*, sintetizada com o famoso enunciado

pensa, e que por isso existe, o sujeito que já está inserido em uma comunidade cuja linguagem permite que esse sujeito articule *cogitatio* em… linguagem" (STRECK, 2019b, p. 14).

Uma vez que a linguagem se tornou uma questão central da filosofia contemporânea e que essa centralidade instaurou um paradigma que situou a questão enquanto uma "esfera dos fundamentos" (OLIVEIRA, 2015, p. 11-12), é evidente que o próprio Direito não poderia ficar alienado. "Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa", dizia Gadamer (GADAMER, 2015, p. 358). Nesse sentido, textos (jurídicos) têm a linguagem enquanto condição de possibilidade, de modo que é esta que transforma o texto em evento. Caso contrário, o texto seria apenas um amontoado de significantes sem significado.

Finalmente dissertando acerca do que é o fenômeno compreensivo, segue-se com uma convergência dos excertos de Gadamer e das lições de Manfredo Araújo de Oliveira (OLIVEIRA, 2015): **(1)** quando compreendemos, isto acontece a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e que provêm da tradição (entrega de algo); **(2)** essa tradição não está à disposição do sujeito, pois antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela; **(3)** a compreensão não é uma transposição do mundo interior do sujeito ou uma recriação das suas vivências da mente, configurando um entendimento a respeito da "coisa"; e **(4)** compreender é participar num sentido compartilhado, numa tradição e numa conversa.

Em um esforço de condensar o legado desses autores, a compreensão pode ser conceituada como um fenômeno interpretativo que, na condição de categoria existencial, se realiza numa fusão de supostos horizontes (presente e passado). Em outras palavras, a lida do ser humano com o mundo não se dá a despeito do mundo, mas, sim, desde-sempre-com[12] ele e é por isso que as significações não estão à sua disposição. O horizonte interpretativo é condicionado pela tradição. A tradição é que possibilitará o exercício da transcendência, de modo a não apenas perceber que se "é" algo, mas "como" esse algo "é" em razão da tradição, da faticidade e da finitude, ou seja, derivados dos pré-juízos que conformam o ser-no-mundo

"os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo". É a fase isomórfica de Wittgenstein. Ele a supera com a obra *Investigações Filosóficas*, com a qual ele introduz a pragmática da linguagem em sua filosofia, concluindo acertadamente que não é possível haver uma linguagem de um indivíduo solitário, mas que esta consiste em uma prática intersubjetiva, manifestando-se sempre em um ambiente socioprático" (STRECK, 2020b, p. 110). Ademais, conferi as próprias Investigações filosóficas (WITTGENSTEIN, 2014).

[12] Assim como fazia Martin Heidegger e explicando o uso do hífen, faz-se isso para explicitar que o ser humano não pode se desvencilhar do mundo para tentar conceituar conceituá-lo. Todos os conceitos só podem ser realizados considerando essa imbricação.

(MADALENA, 2020, p. 207). Diante disso e da hermenêutica, "a tradição é a própria condição de possibilidade para que a verdade possa manifestar-se enquanto tal" (STRECK, 2020a, p. 116).

Sem pretender um aprofundamento em digressões filosóficas, há de se concluir que o sujeito do conhecimento é posterior ao sujeito existente e que sempre há uma antecipação de sentido (STRECK, 2020a, p. 39). A compressão não é produto da interpretação, mas antes a sua matéria-prima. Daí porque existe algo anterior ao *logos apofântico* (aquilo que é dito e que é mostrado pelo discurso) e esse algo é o *logos hermenêutico* (aquilo que permanece retido no discurso). Isso é fundamental. Numa última palavra, tal percepção não quer dizer que só existe uma única maneira correta de se dissertar acerca da verdade enquanto teoria do conhecimento (como se fosse possível hierarquizar a epistemologia). O que se busca explicitar é que o próprio discurso se alicerça em algo que se apresenta para ele enquanto condição de possibilidade: linguagem, tradição e compreensão. Nesse contexto:

> "A pré-compreensão é o marco fundamental para esse entendimento. Há uma metáfora ou alegoria bem interessante feita por Heidegger e que ajuda a compreensão dessa questão: quando eu olho para um fuzil, antes disso eu já sei (a existencialidade e facticidade do intérprete-sujeito) o sentido do que seja 'uma arma'. Se eu não tenho essa pré-compreensão, a 'questão' do fuzil nem sequer se coloca para mim" (STRECK, 2020a, p. 39).

Não podemos esquecer, destarte, qual é o principal objetivo deste estudo. Culminando no principal questionamento apresentado (quais são os limites da crítica teórica, especificamente tendo em conta o objeto delimitado inicialmente) e explicitando a razão de ser da relação interpretação-compreensão, assevera-se, em definitivo, que interpretar é explicitar aquilo que compreendemos e daí porque "é errado pensar que basta argumentar. No Direito, há uma coisa antes da argumentação: a compreensão. Se compreendo mal, argumentarei de forma equivocada" (STRECK, 2019b, p. 14).

Em seus *Ensaios*, Michel de Montaigne (MONTAIGNE, 2016, p. 984) escreveu que interpretar as interpretações emprega mais trabalho do que interpretar textos, e que existiriam mais livros sobre livros do que qualquer outro assunto: tudo o que estaríamos fazendo seria glosar uns aos outros. Como se houvesse uma abundância de comentários e uma escassez de autores[13]. Partindo dessa crítica e do entendimento já assentado de que

[13] Conquanto Montaigne tenha razão quando realiza sua crítica aos glosadores, por uma questão de honestidade intelectual é que se registra uma verdadeiramente necessária: o tema dos desacordos compreensivos teve um desenvolvimento diferente em terras estrangeiras. Por todos, vale citar Thomas Morawetz e a sua crítica ao ceticismo que ronda a Teoria do Direito (MORAWETZ, 1992). Ao passo que este trabalho procura esclarecer as

uma má compreensão incorre em argumentações equivocadas, apresenta-se uma ampliação da clássica abordagem de Dworkin em relação aos desacordos (empíricos, morais e teóricos). Segue-se brevemente explicando esses desacordos para daí então ampliar essa categorização.

Em que pese Dworkin ter concebido diversos argumentos até hoje presentes na discussão jurídica, *Law's Empire* é uma obra que antes diferencia três tipos de desacordos no âmbito do Direito. Segundo o autor, existiriam três tipos de desacordos possíveis: **(1)** os *desacordos empíricos*, ou factuais (p. ex. "O que aconteceu? Quais são os fatos concretos e históricos envolvidos?"); **(2)** os *desacordos morais* (p. ex. "Ações afirmativas são justas ou injustas? A pena de morte deveria ser permitida ou proibida?"); e **(3)** os *desacordos teóricos* (p. ex. "O que o Direito realmente é? Quais são os fundamentos do Direito?") (DWORKIN, 2014, p. 5-10). Desse modo, Dworkin concebe os *desacordos teóricos* como desacordos sobre os fundamentos mesmos do direito[14].

Desenvolvendo a questão dos *desacordos teóricos* (DWORKIN, 2014, p. 7), o jusfilósofo salienta que todas as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em razão de outro tipo de proposição, das quais as jurídicas são decorrência. Essas proposições são os próprios "fundamentos do Direito" e por mais que Dworkin ainda acrescente que a doutrina não tenha nenhuma teoria plausível acerca da divergência teórica no Direito (DWORKIN, 2014, p. 10), postula-se que é justamente nessa dimensão mais profunda que o limite da crítica teórica encontra fronteiras.

No contexto da totalidade da discussão aventada, realiza-se uma convergência de todos os argumentos para articular que a Teoria do Direito encontra sustentação numa dimensão filosófica que é condicionada por aquilo que se denomina paradigmas filosóficos. Considerando que esses paradigmas são uma dimensão organizadora e estruturante do processo de conhecimento, toda interpretação acerca do fenômeno jurídico deve levar em conta a profundidade e a coerência para com essa compressão que, importa frisar, não está à disposição do sujeito. Desconsiderar essa imbricação é aquilo que se designa como um

implicações filosóficas das críticas teóricas, Morawetz nos mostra uma visão eminetemente posicional e como determinadas abordagens teóricas conseguem compreender (ou não) determinado problema. Veja-se que são questões diferentes e sugere-se seu estudo para que o leitor possa compreender isso por si mesmo.

[14] Nesse sentido, Dworkin argumenta que juízes e advogados "(p)odem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão do *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não fundamentos pertinentes ao direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência teórica sobre o direito" (DWORKIN, 2014, p. 8).

Desacordo Compreensivo: uma situação anterior ao próprio desacordo teórico exposto por Dworkin. Além disso, esse se trata de uma situação em que determinada discordância não se dá por não haver concordância em relação ao que pode(ria) ou não ser dito sobre algo, mas, sim, uma discordância que acontece pelo fato dos envolvidos sequer compreenderem a questão levantada. Aprofundando essa ideia, *Desacordos Compreensivos* ocorrem quando uma divergência nem mesmo é compreendida em sua totalidade e quando uma das partes envolvidas desconsideram a profundidade dos pressupostos do seu interlocutor (propositalmente ou não). Veja-se que não se está a apontar que toda divergência está viciada pela má-fé. Ao contrário, está a se apontar que divergências profundas entre interlocutores podem ocorrer mesmo que de boa-fé.

Talvez uma das maiores virtudes das obras de Dworkin seja a sua didática, que se traduz em numerosos exemplos, e em respeito a essa disposição é que se segue com a apresentação de um caso de flagrante *Desacordo Compreensivo*. Em seguida e nos valendo de um caso concreto, o próximo capítulo continua explicitando os contornos desse conceito.

Exemplo: em um cenário hipotético, dois juristas estão discutindo sobre como a argumentação deveria ser incorporada ao Direito. O jurista A sustenta que todo o Direito seria o produto de quem argumenta melhor e que a verdade seria absolutamente relativa, nada mais seria do que aquilo que alguém defende e que recebe aceitação por parte do interlocutor, dos destinatários do discurso. A verdade seria meramente convencional. Em resposta, o jurista B premeditadamente concorda com o jurista A e insinua que o copo cheio d'água em sua mão poderia ser um copo vazio no caso de ambos firmarem um acordo argumentativo em tal sentido (com o que o jurista A concorda). Valendo-se dessa verdade convencional, o jurista B simplesmente joga toda a água do copo na roupa do colega, com o pretenso intuito de testar o argumento. O resultado é óbvio. Com este singelo exemplo, fica evidente que o Direito não é mera convenção ou produto de argumentação e que os argumentos devem ser testados, sempre, da mesma forma que necessitam guardar coerência para com aquilo que buscam sustentar.

Por certo, não há dúvidas em afirmar que o Direito não pode ser qualquer coisa. Aproximando o que foi proposto nessa última parte do objetivo geral deste Artigo [como uma crítica teórica no âmbito do Direito deve(ria) ser formulada e quais são os limites dessa formulação], conclui-se que toda crítica teórica deveria ser formulada no sentido de levar em consideração tanto a dimensão filosófica quanto o paradigma filosófico em que uma

determinada teorização foi assentada sob pena de promover-se uma contraposição de concepções antagônicas e incompatíveis, com o que não há possibilidade de uma análise cientificamente válida. O que deve ser feito é testar os argumentos e cobrar coerência (MADALENA; VEDANA, 2020). Ao fim e ao cabo, os limites dessa formulação são as próprias fronteiras da dimensão filosófica que conduz o raciocínio jurídico. Fronteiras essas que precisam ser compreendidas para não se incorrer no erro de não de deixar de entender o que se apresenta enquanto Teoria ou no erro de realizarmos críticas infundadas (casos de um *Desacordo Compreensivo*).

5. Os desacordos teóricos com Manuel Atienza

Tendo se colocado em xeque o fenômeno dos *Desacordos Compreensivos*, ilustra-se a tese aqui desenvolvida a partir do estudo da discussão travada entre Manuel Atienza Rodríguez e Lenio Luiz Streck. Para além disso, ainda convém reforçar a estrutura que conforma este estudo e antecipa-se o arranjo do capítulo (que segue em dois atos): um primeiro que resume a discussão e um segundo desvela os principais argumentos subjacentes.

(1) Em um esforço de síntese e de registro histórico, cumpre assentar que a aludida discussão foi travada em 2015 e em quatro textos publicados na revista Consultor Jurídico daquele ano. Por outro lado, e mais recentemente, a obra "Hermenêutica, Jurisdição e Decisão: diálogos com Lenio Streck" (STRECK, 2020b) registrou algumas reflexões sobre o caso. Em razão disso e em que pese as fontes dispersas, uma breve reconstrução de cada um desses momentos torna-se necessária.

Em visita ao Brasil para palestras e cursos, Atienza foi entrevistado e inquirido acerca do estado d'arte do estudo da Teoria do Direito no Brasil. Em face disso, emitiu opiniões sobre o neoconstitucionalismo e sobre suas afinidades teóricas. Ademais, proferiu críticas aos hermeneutas brasileiros e ao modo de fazer filosofia no direito. A discussão nasceu aqui (VALE, 2015) e em razão das críticas supramencionadas. Em especial, duas foram as críticas aos hermeneutas. De que não seria possível usar Heidegger para resolver um problema de súmula vinculante e o de que o Brasil precisaria de mais analítica (e menos hermenêutica). Em relação ao modo de se fazer filosofia, Atienza afirmou que seria preciso pensar "promover uma filosofia do Direito para o mundo latino (...) algo como uma filosofia do direito regional".

Visando demonstrar a incorreção dessas críticas, Rafael Tomaz de Oliveira e Lenio Luiz Streck publicaram uma réplica (STRECK; OLIVEIRA, 2015a). Em seguida, Atienza produziu uma tréplica (ATIENZA, 2015) que se seguiu com um último texto de Oliveira e de Streck (STRECK; OLIVEIRA, 2015b). Diante de toda a problemática, deixa-se de explicar os pormenores de todos esses textos ao mesmo tempo que se deixa a recomendação de leitura. Sintetizando as raízes dessa controvérsia, Atienza criticou **(2.1)** a inocuidade de Heidegger para o Direito e **(2.2)** ser preciso privilegiar a analítica; como também **(2.3)** formulou a hipótese de que seria preciso regionalizar a Filosofia do Direito. Em consideração a isso é que se parte para uma demonstração de razão de tais críticas serem produto de um *Desacordo Compreensivo*.

(2.1) Sobre o alegado despropósito da filosofia heideggeriana, cumpre deixar claro que Heidegger jamais escreveu uma vírgula sobre Direito. Apesar disso, Atienza erra o alvo. O que a Crítica Hermenêutica do Direito e os hermeneutas brasileiros fazem ao exprimir suas críticas sobre súmulas vinculantes não se traduz num discurso com hermenêutica, mas, sim, num discurso hermenêutico propriamente dito. Não discorrem com ou como o autor alemão. Na verdade, posicionam-se teoricamente a partir dele — uma vez que o mesmo autor realizou uma desconstrução da metafísica ocidental (ainda fundada em uma leitura possível da Metafísica de Aristóteles) e é sobre esse paradigma filosófico que as súmulas vinculantes se encontram pretensamente justificadas[15].

Em resumo, as súmulas vinculantes só são vistas como problema quando se consegue visualizar o problema desde suas raízes (necessariamente filosóficas). Há de se compreender que uma adequada crítica aos problemas contemporâneos da Teoria do Direito necessariamente depende da sustentação de um paradigma filosófico, que sempre lhe dá suporte. Ao se propor algo, fala-se a partir de algum lugar. Da mesma forma, quando se critica algo, não poderia ser diferente. É preciso aceitar que as questões filosóficas têm repercussão no Direito da mesma forma que é impossível pretender travar discussões teóricas ignorando esses problemas. Diante disso, não será Heidegger a resolver o problema da utilização das súmulas, pois:

[15] Em vista disso, "a Crítica Hermenêutica do Direito não heidegueriza e nem gadameriza o direito. Tampouco dworkiniza. Trata-se de assumir um lugar da fala, que advém de um paradigma filosófico. (...) Descartes também não escreveu sobre direito. Gadamer escreveu algumas páginas. Putnam não se dedicou ao direito. E tantos outros filósofos. No entanto, construíram ou ajudaram a conformar paradigmas filosóficos. Se quero encontrar uma cadeira filosófica que se coloca entre os dois grandes paradigmas, objetivista e subjetivista, tenho de recorrer a Heidegger e Gadamer. Também a Wittgenstein. O que não posso e não devo é pensar que o direito caminha ao largo da filosofia. Ora, sem filosofia não há mundo. E também não há direito" (STRECK, 2020b, p. 105).

> "(D)e fato Heidegger não nos dará a chave para a compreensão das súmulas vinculantes. (...) Mas, a partir da filosofia hermenêutica heideggeriana, pode-se compreender a súmula vinculante (ou outro problema jurídico) como um problema, porque a matriz hermenêutica coloca a indagação filosófica em um nível estruturante, isto é, como condição do jurista-no-mundo" (STRECK, 2020b, p. 200).

Ao contrário do que possa parecer, o tema das súmulas vinculantes persiste num problema fulcral da metodologia (ou teoria) do Direito: o sincretismo. Mesclam-se tradições como se pouco ou nada significassem. Feita a advertência de que as súmulas não são um "mal em si"[16] e que podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do Direito, o debate jurídico sobre o tema ainda se encontra eivado pelo senso comum e pela pretensão de entificar o Direito.

Veja-se: as súmulas vinculantes — como são (in)compreendidas pela dogmática jurídica — encarnam uma instância metafísica que pretende controlar os sentidos de forma preditiva. Em geral, com a intenção de prever todas as hipóteses de aplicação e transformando a linguagem em um simples veículo de conceitos. Acreditando ser possível lidar com conceitos sem coisas, colocam-se como "sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, com a agravante, aqui, *de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos*, variações do esquema sujeito-objeto" (STRECK, 2014, p. 423).

De tudo que foi dito, torna-se necessário reconhecer que é impossível determinar a significação das palavras sem se considerar o contexto e daí porque as súmulas (ou a jurisprudência) deve(ria)m vincular tanto mais quanto mais fundamentadas sejam as suas decisões ou razões decisórias. Em definitivo: não existem *sentidos em si* como também não existem *conceitos sem coisas*. E não existem respostas antes das perguntas. Não há como se formular uma "profecia jurídica" que contenha os sentidos de forma antecipada.

(2.2) Em relação à pretensão de mais analítica e menos hermenêutica, frisa-se que nenhuma argumentação (analítica) se dá num vácuo de sentido. Especialmente pensando em um sentido filosófico que dá sustentáculo para toda e qualquer abordagem jurídica. Cumpre repetir que o fenômeno (hermenêutico) da compreensão é incontornável e daí porque é ontologicamente impossível pretender mais analítica e menos hermenêutica. Daí também porque "todas as condições de possibilidade de sentido da argumentação e na

[16] É possível se dizer que quem transforma as súmulas vinculantes em um "mal em si" são as suas equivocadas compreensão e aplicação (STRECK; ABBOUD, 2013).

argumentação são ontologicamente hermenêuticas" (STRECK, 2020b, p. 199). Stein ainda esclarece que não se extrai do objeto direito uma linguagem para falar dele. Ao contrário, nós já sempre estamos embarcados na linguagem de que emerge o objeto (STEIN, 2016).

(2.3) Sobre a tese de que seria necessário regionalizar a filosofia do direito, assevera-se que tal ideia traduz a (falsa) concepção de que seria possível fazer digressões jurídico-teóricas como se não houvesse questões filosóficas subjacentes e como se essas mesmas questões não precisassem ser reconhecidas pelo discurso jurídico. Como se fosse possível que em parte do mundo "vigorasse o que disse o primeiro Wittgenstein, o do *Tractatus*, e, na outra, o que disse o segundo, das *Investigações Filosóficas*" (STRECK, 2020b, p. 199). Assim, cumpre registrar que o caminhar filosófico não pode ser desprezado pelo Direito.

Numa última passagem:

> "(O) que precisa ficar claro é que há uma sensível diferença entre teoria do direito e filosofia. Diferença; não afastamento. E essa diferença se constitui pelo fato de que o sistema jurídico tem a peculiaridade de possuir uma dogmática que deve ser respeitada como pressuposto da democracia. Entretanto, uma teoria do direito que se diga crítica não pode estar alienada do papel da filosofia na interpretação/compreensão do mundo. Ou seja, o papel da filosofia no direito é muito mais abrangente — é paradigmático; de fundo" (STRECK, 2020b, p. 200).

Tais questões assumem extrema relevância no contexto no papel do Direito e da própria teoria. Mais ainda, em face do embate dos argumentos, conclui-se que o objeto criticado por Atienza (a hermenêutica) se apresenta como sua condição de resolução. Antes de ser um desvio, a Filosofia no Direito se traduz num posicionamento de respeito em relação ao Direito e a Filosofia. Sem pretender desprezar o impacto da produção de Atienza no pensamento jurídico brasileiro, nota-se certa desconsideração diante da dimensão e do paradigma filosófico em que a tradição hermenêutica se encontra enraizada. Aproximando tal explicação do contexto deste estudo, percebe-se que a discussão em comento nasceu de um autêntico Desacordo Compreensivo: se trata de uma crítica que desconsiderou a profundidade (filosófica) de uma determinada concepção teórica.

6. Considerações finais

Em sede de conclusão, assenta-se que os Desacordos Compreensivos não advêm de uma discussão injustificada no plano aparente. Como visto no caso Atienza, juristas importantes eventualmente podem incorrer em proposições aparentemente lógicas que carecem de

profundidade filosófica (vide "eu diria que a filosofia do Direito brasileira necessita de menos hermenêutica e mais filosofia analítica"). No limite, sob qual fundamento filosófico é (im)possível afirmar isso, já que se anotou que não há possibilidade de uma afirmação deste quilate em abstrato — haja vista o risco de se adotar uma postura que seria passível de enquadramento na crítica tecida por Heidegger em face da vontade de poder de Nietzsche[17].

Por tudo isso, o conceito proposto neste estudo tem o condão de demonstrar que as discussões e elaborações teóricas deve(ria)m guardar uma lógica anterior à própria logicidade argumentativa: deve-se levar em conta a dimensão filosófica da linguagem explicitada a partir da busca dos elementos implícitos que sustentam o discurso.

Ao fim e ao cabo, os problemas aqui desenvolvidos se agravam pelo fato de que a própria doutrina não critica aquela doutrina que não constrange e que carece de conteúdo. Do senso comum denunciado por Warat (WARAT, 1982) ao *know nothing* exposto por MacIntyre (MACINTYRE, 2007) e até a interpretação não constrangida desvelada por Rüthers (RÜTHERS, 2012), várias são as causas possíveis dos Desacordos Compreensivos. Seus sintomas foram aqueles que indicamos (incompreensão, falsas discussões e incoerência teórica). Em prognose ao vazio dos desacordos dessa natureza, urge constranger epistemologicamente[18]. No limite, há de se assimilar a necessidade de explicarmos os fundamentos da nossa compressão e que sua falta incorre na necessidade de cobrar mais rigor. Mais epistemologia. Menos teorias ornamentais. E mais fundamentação.

Diante desse "estado de coisas", torna-se importante deixar de examinar as discussões teóricas como se fossem uma coisa, pois examinadas como um fenômeno e como uma prática intersubjetiva que necessariamente deve(ria) engajar os seus interlocutores é que devem ser. Levemos a Teoria do Direito a sério, pois. Em poucas palavras,

[17] Aqui não se está a afirmar que a crítica de Heidegger funcionaria como um postulado de cariz filosófico. O que se aborda, é que levar a cabo uma afirmação de cunho filosófico, como a de que "a filosofia do Direito brasileira necessita de menos hermenêutica e mais filosofia analítica", de forma abstrata, sem uma fundamentação filosófica que seja capaz de contrapor a crítica de Heidegger, é o mesmo que desconsiderar a dimensão filosófica que dá fundamento para a discussão. Daí a razão de se tratar de um clássico caso de um *Desacordo Compreensivo*.

[18] "Trata-se de um conceito (...) que se soma àquelas ideias que buscam criticar uma dogmática vazia em propostas e conteúdo (vide a crítica de Warat ao senso comum teórico dos juristas). Constranger epistemologicamente significa colocar em xeque decisões que se mostraram equivocadas e no fundo também é um modo de dizer que a doutrina deve (voltar a) doutrinar. Postula que o contentamento com posturas meramente descritivas incorre em um fatalismo que meramente reproduz as decisões dos tribunais como se corretas fossem e que sacramentam legislações e decisões judiciais em geral. Em oposição à dogmática vazia, assevera que a dogmática jurídica deve ter um papel prescritivo e de enfrentamento contra manifestações arbitrárias. O que enfim se propõe é que a doutrina não seja leniente com negacionistas epistêmicos e com decisões voluntaristas-subsuntivas. No limite, ninguém tem o direito de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa: seja essa pessoa juiz, ministro, procurador etc." (QUARELLI; BARBOSA, 2021)

compreendendo como os paradigmas filosóficos sustentam qualquer prática discursiva. Não menos importante, também percebendo como os Desacordos Teóricos são fundamentalmente diferentes dos Desacordos Compreensivos ao passo que divergências teóricas apenas podem existir onde pré-existem condições mínimas de compreensão. Ausentes as condições de compreensão é que exsurge a categoria de desacordos que nos propusemos a denunciar.

Uma vez que não há grau zero de sentido, o Desacordo Compreensivo opera na dimensão conflitual dos sentidos. Assim como os textos, as teorias não são tudo; mas também não podem ser nada. Há textos e contextos. Longe de pretender alguma espécie de hierarquização da Teoria do Direito, o que enfim se propõe é que alegações (teóricas e críticas) precisam ser testadas como também devem guardar uma coerência paradigmático-filosófica.

7. Referências

ATIENZA, Manuel. Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 14 fev. 2022.

DESCARTES, René. **Meditações**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WWF, 2010.

DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

HEIDEGGER, Marin. **Ser e tempo**. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2015.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue**: a Study in Moral Theory. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MADALENA, Luis Henrique; VEDANA, Óliver. O mistério do mal da discricionariedade (administrativa). **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto

Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/16862.

MADALENA, Luis Henrique. **Uma teoria da discricionariedade administrativa**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MONTAIGNE, Michel de. **Ensaios**. 1. ed. São Paulo. Editora 34, 2016.

MORAWETZ, Thomas. Understanding disagreement: the root issue of jurisprudence: applying Wittgenstein to positivism, critical theory, and judging. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141, p. 371-456, dez. 1992. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol141/iss2/.

MORIN, Edgar. **O método 4**: as ideias: habitat, vida, costumes, organização. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Um debate sobre o lugar da Teoria do Direito. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-12/diario-classe-debate-lugar-teoria-direito>. Acesso em: 10 jan. 2022.

PORTA, Mario Ariel González. **A filosofia a partir de seus problemas**: didática e metodologia do estudo filosófico. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

QUARELLI, Vinícius. Incondições do Direito e o risco de retorno ao senso comum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/diario-classe-incondicoes-direito-risco-eterno-retorno-senso-comum2>. Acesso em: 10 jan. 2022.

QUARELLI, Vinícius; BARBOSA, Ana Julia Silva. O que é isto — a crítica hermenêutica do Direito?. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito>. Acesso em: 15 jun. 2022.

RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübigen: Mohr Siebeck, 2012.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: Limites de um Paradigma. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito**: Hermenêutica. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Diálogos com Lenio Streck**: Hermenêutica, jurisdição e decisão. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1 n. 1, Janeiro/Junho. 2009.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto** - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 14 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 14 fev. 2022.

VALE, André Rufino do. "Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos". **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 14 fev. 2022.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Santa Catarina, v. 3, n. 5, 1982.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

Sobre os autores

Lenio Luiz Streck
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). E-mail: lenios.1@lwmail.com.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8267-7514.

Luis Henrique Braga Madalena
Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Vice-Diretor Financeiro da ABDConst. Advogado. E-mail: luishenrique7@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2600-0389.

Vinícius Quarelli
Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e pós-graduando em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma instituição. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Membro do Dasein (Núcleo de Estudos Hermenêuticos). E-mail: viniciusquarelli@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7920-2331.

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.