

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**NÍVEL MESTRADO**

SANTIAGO ARTUR BERGER SITO

**ENTRE OS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E OS DISCURSOS DE  
APLICAÇÃO NO DIREITO: DA *CISÃO* À *APPLICATIO* – UM OLHAR A  
PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

São Leopoldo  
2012

SANTIAGO ARTUR BERGER SITO

**ENTRE OS DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E OS DISCURSOS DE  
APLICAÇÃO NO DIREITO: DA CISÃO À *APPLICATIO* – UM OLHAR A  
PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada como  
requisito parcial para a obtenção do  
título de Mestre, pelo Programa de  
Pós-Graduação em Direito, da  
Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo  
2012

S623e

Sito, Santiago Artur Berger.

Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no direito : da cisão à applicatio : um olhar a partir da crítica hermenêutica do direito / Santiago Artur Berger Sito. – 2012.

171 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

"Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck."

1. Direito constitucional. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Direito – Filosofia. I. Título.

CDU 342

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Bibliotecário: Flávio Nunes – CRB 10/1298)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“Entre os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação no Direito: Da cisão à applicatio – Um olhar a partir da crítica hermenêutica do Direito”**, elaborado pelo mestrando **Santiago Artur Berger Sito**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de março de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

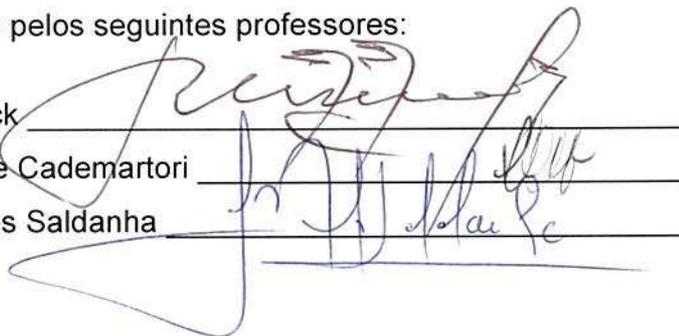
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha



*Aos meus pais, Jorge Alberto Sito e Terezinha de Jesus Berger,  
porque SER é a possibilidade de tudo.  
À Alessandra e ao Lucas, pois sabem a razão.*

## AGRADECIMENTOS

Todo trabalho, seja científico, seja artístico, é um momento de reflexão. O autor normalmente se volta para dentro, investiga a si próprio. Neste passeio, pelos caminhos do *self*, acaba sempre encontrando o outro. O *alter* (outro) é a expressão do mundo no *self*. Significa que ninguém está efetivamente sozinho.

Nesse sentido, utilizo este espaço para homenagear os *alteres*. Bem mais que simples agradecimentos, são expressões de gratidão profunda, que partilha os méritos das conquistas e avoca os erros das derrotas.

\* Primeiramente, faço questão de agradecer a Deus. A laicidade da seara acadêmica não me impede de compreender que faço parte de um todo, gerido por uma força que me deu a bênção da vida.

\* Na linha que me conecta à origem, agradeço aos meus antepassados. Dentre os mais próximos, Albino Artur Berger (*in memoriam*), Maria Alani Fantinelli Berger, Santiago Sito Watanabe (*in memoriam*) e Maria Sito Justiniano. Vocês originaram seres preciosos para mim: Jorge Alberto Sito Justiniano e Terezinha de Jesus Berger, estes dois cujo amor me permitiu o verbo mais básico e mais complexo da existência humana: *SER*.

\* No seio desta família que me acolheu, alguns nomes precisam ser lembrados. Em primeiro lugar, uma pessoa que não é meu pai, mas eu o tenho como se o fosse. Trata-se de meu padrasto Wilson Walter Fritsch, pessoa paciente, sábia, de palavras cirurgicamente escolhidas. Sua amizade me é cara. Seu carinho por minha mãe é digno de louvor. Tenho-o em altíssima conta. Sua mãe, então, o que dizer. Recordo-me que Dona Martha ficava acordada, aguardando minha chegada após as aulas. Seu carinho durante minha estada na região rio dos Sinos foi inestimável. Acolheu-me sempre de forma caridosa. Por tudo, lhe agradeço do fundo do coração.

\* Agradeço também à minha madrinha Sônia Beatriz Berger Irassochio, ao seu marido Nei Antônio Irassochio e ao seu filho Allan Berger Irassochio, três belos exemplos de amor fraternal, cumplicidade, carinho e harmonia. Sou grato ainda ao meu padrinho Luiz Fernando Berger, à sua esposa Andréia Porto Alegre Berger e aos seus filhos Kéven Porto Alegre Berger, Luka Porto Alegre Berger e Fernanda Porto Alegre Berger, família linda, cuja presença sempre valorizo com afeto.

\* Minha tia Maria Rosane Berger, sempre tão paciente, nunca furtou-se a auxiliar-me, mesmo quando de tenra idade. Sua filha, Marciele Berger Bernardes, sempre assumiu o posto de irmã mais velha, cujos passos tenho prazer de seguir, pois me conduzem ao sucesso infalível. Seu pai, Jesus Newton Bernardes, não imagina a importância que lhe dou, por tanto ter apoiado minha educação e crescimento. Sou-lhes muito grato.

\* Numa curva da história, eis que ingresso em outra família: Helvécio de Oliveira Junior e Rosane Maria Possebon de Oliveira, pais de Guilherme Possebon de Oliveira e Alessandra Possebon de Oliveira. São seres tão caros, que as riquezas deste planeta não conseguiriam comprá-los. Exemplos de correção sincera e descontraída, aprendi com eles que o amor é gratuito, não se vende. Exemplo é dado, não se força. Mas o melhor presente que me deram, certamente, foi sua filha. Não por que ela me compreende, mas por que me faz possível compreender o mundo. Desde que conheci Alessandra, as cores do futuro turvo se desvelaram. O modesto virou grandioso; o ínfimo, maravilhosamente esplêndido. Como se a dádiva não fosse suficiente, ela me concedeu um novo amor - *diferente de todos que amei*. Ele se chama Lucas Santiago de Oliveira Sito. Carrega o nome de meu avô. Nele entendi por que as crianças são seres mágicos. Compreendi por que chorar não faz vergonha. Finalmente, fez sentido por que minha mãe umedecia os olhos enquanto mirava fotos antigas. Hoje faço o mesmo. Ainda ontem tive vontade de adverti-lo: “porque crescestes tão depressa?!” Como se o tempo se sujeitasse, como se o finito pudesse se desdobrar em infinito, apenas pela minha vontade. Vocês todos me são inestimáveis.

\* Quando conheci o direito, admito, minha vida sofreu uma reviravolta. Ao invés de “sofreu” poderia dizer “ocorreu”, pois conheci minha finalidade. No estudo do direito, fiz amigos, aprendi a gostar do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Não poderia nomeá-los todos; tomaria páginas. Mas preciso dedicar algumas linhas a pessoas que foram mais que amigos, a começar por Marcelo Barroso Kümmel e sua querida esposa Rosane Leal. Ele é simplesmente um bastião de virtudes; ela, pessoa afável e acessível. Ambos são de corações imensos. Conhecê-los foi bom; compartilhar de suas presenças é muito melhor. Mas daquela instituição outros se fizeram inesquecíveis: (a) Cristiano Becker Isaia, inteligentíssimo professor com quem pactuo os ideais hermenêuticos. Mais que amigo, é um farol que ilumina as costas rochosas do saber; (b) Francini Ferversani, cuja lembrança marcante é a visão que tive de seu rosto molhado de lágrimas enquanto eu discursava durante a homenagem aos professores no

dia de minha formatura. Fez-me engolir seco; (c) Vitor Hugo do Amaral Ferreira, companheiro e prestativo, digno de louros, que me apresentou ao mundo da iniciação científica. Meu primeiro orientador, tu és especial; (d) Jaci Rene Garcia e sua bela família, companheiros de viagem, aventuras no metrô paulista. Cabeça pensante, de apontamentos agudizados por uma genialidade filosófica; (e) Rafael Oliveira, professor e amigo, e sua esposa Marília, pessoas com quem muito aprendi. Seus apontamentos de política criminal me mudaram, sua visão sobre a criminologia e sua coragem de enfrentar um público (por vezes) elitista me ensinaram que docência é amor, antes de qualquer coisa; (f) Ao fim e ao cabo, neste rol, um professor muito querido: Gustavo Oliveira Vieira, cujas virtudes fazem dele um exemplo, não só pelo caráter, pela retidão, como também pela inspiração. A desonestidade foge dessa luz que tu emanas. Obrigado, meu amigo, pela oportunidade no Grupo de Estudos e Ações Pacifistas – GEAPAC, pelos ensinamentos desde aqui até Cartagena de Índias – Colômbia, algo que preciso estender aos amigos Felipe Walter e Julia Rebelato. Vocês residem em um lote cardíaco especialmente demarcado.

\* Neste ínterim, pode-se referir um local onde aprendi a pensar o direito, além da UNIFRA, então aponto, sem melindre, o Ministério Público. Desde priscas eras, quando fiz estágio na modalidade bolsista na 2.<sup>a</sup> Promotoria de Justiça Especializada de Defesa Comunitária, Promotoria de Justiça de Santa Maria-RS, na época presidida por pessoa que carrego no coração: o ex-Promotor de Justiça João Marcos Adede y Castro. Que boas conversas tivemos! Aprendi que direito não é argumento de autoridade; que probidade não pode ser rara como diamante, apesar de ser valiosa como tal; que amizade e sinceridade independem de cargos e salários, pois o coração não se mede com essa régua. Lá ampliei o espaço de carga do meu carinho, para nele transportar Gisele Vilarino, Alexandre Borelli, Cleberto Sangoi, Carolina Salbego Lisowski, Rafael Haas, Marivone Kitashima, Georgia Carrer, Luiza Landerdhal, dentre outros.

\* Atualmente, como concursado, na Promotoria de Justiça de Caçapava do Sul, posso falar, com serenidade, que aprendi o significado da expressão “servidor público”. Com amigos e companheiros como Rodrigo Finger Leite, Fabiano Rodrigues Lima, Sgt. Sérgio Luiz Aquino, Raul Fernando Moraes e as estagiárias Katiucha Fernandes Madrid, Claudia Marlice da Rosa Mendes e Gabriela Sarmento, sem esquecer os que por aqui passaram, como Jussara Dinegri, Vivian Forster e Carolina Castro, compreendi que servidor é quem serve, no caso, o público. O comprometimento, mesmo de quem não teria toda essa responsabilidade sobre os ombros, fez diversos bons exemplos para

mim. Não fui embora, mas irei, e quando for, tenho certeza de que sentirei a falta de todos e de cada um.

\* Desses caçapavanos, uma senhora em especial merece um agradecimento em separado, isso porque, desde que cheguei naquela localidade, me tratou como filho. Trata-se de Elenara Valcarenghi de Freitas. Soubesse ela como sua gentileza e seu carinho fazem-me sentir!...

\* Com idêntica importância, preciso mencionar abertamente meu agradecimento às chefias que tive. Em realidade, foram mais que chefias, amizades queridas, que, sem perderem de vista a necessidade de um serviço profícuo, sempre conduziram as promotorias com amor, dedicação. Espelham, pois, o que pretendo como futuro profissional: responsabilidade, seriedade, simplicidade, sem perder o foco de que sempre lidamos com pessoas, seres humanos. Dentre eles: (a) Karinna Licht Orlandi Goulart, pessoa ímpar. Profissional dedicada, sempre me apoiou durante o curso do mestrado; (b) Caroline Spotorno, atenta e tolerante, sempre disposta a ajudar; (c) Fabiane Rios, descontraída e doce, suas substituições em Caçapava eram (são!) vistas com alegria por todos; (d) João Ricardo Santos Tavares, justo e direto, o tipo de profissional em que todos se espelham. Atualmente, sob o comando de Cíntia Foster de Almeida, chefia calma e serena, de olhar perspicaz, mas grande nas atitudes e na coragem, seguimos lutando por uma Caçapava do Sul cada vez melhor.

\* Mas, entre todos, um merece destaque Fernando Andrade Alves. Não sei exatamente se pela simplicidade, se pelo trato amigo, se pelo costumeiro bordão: “tamo junto!”, ou simplesmente pelo conjunto das atitudes, trata-se de uma pessoa fora dos padrões comuns da camaradagem. Inteligentíssimo, nunca contrapôs isso a alguém, mas nem por isso deixei de aprender com ele. Sua história de vida parece um daqueles filmes em que o protagonista vence pela coragem, pela capacidade, pela humildade e, principalmente, pelo carisma. Espero um dia voltar a trabalhar com essa pessoa.

\* Todas as pessoas elencadas até aqui ajudaram na chegada aos portões do Mestrado, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Ainda no primeiro semestre de 2010, primórdios do curso, sem saber ao certo meu orientador, eu estava atônito. De repente, vi-me abraçado por uma família. Ela chama-se *DASEIN* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. O patriarca, o Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, é pessoa sem par. Coube-me o privilégio de ele ser meu orientador. É impressionante como uma simples xícara de café se converte em uma aula sobre os problemas filosóficos e temas controvertidos da modernidade. Sua inteligência, sua

argúcia, sua crítica forte e viva inspiram, comovem, arrastam. Depois de conhecê-lo, torna-se impossível voltar atrás: um novo mundo se abre, outro velho se despede. Na imbricação, nos sentimos mais conscientes, como se antes tivéssemos sido ludibriados. Nunca antes na minha vida fui tão lúcido.

\* Mas isso não se deve apenas ao meu orientador. Devo agradecer, profundamente, a Clarissa “Corleone” Tassinari. Sua paciência em me ajudar na vida, às margens do rio dos Sinos, bem como seu exemplo de acadêmica dedicada e perspicaz me iluminaram. Quando li seu Trabalho de Conclusão da graduação, senti-me mil anos atrasado. Suas palavras dançavam, em conjunto, como uma sinfonia. Muito orgulho senti em ombrear as missões do *DASEIN* com você.

\* Rafael Köche, Fabiano Müller e, mais recentemente, Lucas Fogaça são bolsistas exemplares. Impressionante o quanto aprendi com vocês. Não sei se consegui ajudá-los, mas tenham certeza de que vejo em vocês a inexorabilidade de um futuro exitoso. O colega Danilo Lima, mesmo chegando depois, conquistou-nos com seu companheirismo. É pessoa de aura amena, carismático. Agradeço-te pelo exemplo e por dividir as tarefas conosco. Agradeço também aos caros Rafael Tomaz de Oliveira, Francisco José Borges Motta e Ariel Koch Gomes pelos momentos de ensinamento, infelizmente não frequentes como eu gostaria.

\* Em relação aos amigos do Mestrado, começo por Igor Raatz. Denominei-o de “atleta revelação” do Mestrado. Realmente, trata-se de pessoa empenhada no saber. Seu estudo desenfreado é digno de louros; sua humildade também, pois, mesmo lendo compulsivamente, nunca se colocou acima dos outros. Sempre estive disposto a ouvir. Na mesma linha, estão os amigos Gustavo Santanna, Guilherme Antunes, Miguel Nascimento da Costa e Felipe Scalabrin - vocês todos são especiais. Meus agradecimentos pelo companheirismo, atitude e camaradagem que, efetivamente, não cabem em palavras.

\* Para encerrar, tomo a liberdade de fazer um retorno. Quero dedicar estas últimas palavras à Sra. Terezinha de Jesus Berger. Quando pequeno, disseste insistentemente que eu era inteligente. Referi-lhe que acabei acreditando. Na verdade, a pouca experiência não tinha me deixado perceber que, em verdade, tu és o ser mais inteligente que conheço. Tenho um profundo orgulho de ti e, mesmo que [eu] chame outras mulheres de “mães”, tu és inigualável, incomparável. Lembre isso para sempre.

\* Alessandra, não me parece demasiado dizer-lhe novamente: não só este, mas todos os trabalhos que empreendo parecem, ao cabo, que apontam para ti.

Aproveitando, por fim, a oportunidade do acender das luzes da epígrafe, parece que, em certo momento, cansamos de esperar. Até mesmo o recomeçar tem que acabar.

Enfim, quando ouvirmos a risada de Zeus, ao fundo, é que entenderemos que chegou a hora de escolher.

Pandora é o belo mal, a melhor maldição.

E ela está *hic et nunc*.

Do alto da coxilha caçapavana, onde o breu aguarda o inverno para voltar, no férvido verão de 2011-2012,

Santiago Artur Berger Sito.

*A million miles away  
Your signal in the distance  
To whom it may concern  
I think I lost my way  
Getting good at starting over  
Every time that I return*

*Learning to walk again  
I believe I've waited long enough  
Where do I begin?  
Learning to talk again  
Can't you see I've waited long enough?  
Where do I begin?*

*Do you remember the days?  
We built these paper mountains  
Then sat and watched them burn  
I think I found my place  
Can't you feel it growing stronger  
Little conquerors*

(...)

*(Pat Smear, Chris Shiflett, Taylor Hawkins, Nate Mendel e Dave Grohl)<sup>1</sup>*

*“No v.56 Zeus inicia a explicação de sua última cartada, que atingirá Prometeu e toda a humanidade. Se Prometeu ousou roubar o fogo do Cronida, justamente o golpe que ele recebe é o anti-pyros (literalmente, é o fogo contrário, isto é, a contrapartida do fogo), que tem, portanto, estatuto semelhante ao fogo e ao mesmo tempo opondo-se a ele, vindo em seu lugar e tendo o mesmo nível de importância dele. Este mal, contrapartida-do-fogo, aparece para resgatar o fogo roubado de Zeus; é a demonstração de sua cólera; é o presente que é um mal, mas receberá muito carinho dos que por ele serão lesados. Ele vem em lugar do fogo natural; ele inicia o processo de passagem da natureza para a cultura. Pandora já aqui é marcada pela ambiguidade, é um kalón kakón (‘belo mal’), que vem em lugar do fogo, também ambíguo, pois é ao mesmo tempo um bem e a causa da desgraça para os homens. O ‘belo mal’ é ambíguo pois seduz, atrai afetos e traz todos os males para a humanidade. Talvez o maior mal trazido por Pandora seja o surgimento da própria ambiguidade, a possibilidade da escolha, ou melhor dizendo, a necessidade da escolha.*

*Zeus se compraz com seu lance fatal e gargalha antegozando o que acontecerá para a humanidade diante de seu presente sem volta.”<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Letra da música *Walk* do álbum *Wasting light*. Obra da banda *Foo Fighters*. Disponível em: <<http://www.foofighters.com/br/videos/walk>> Acesso em: 15 Dez 2011, às 21h.

<sup>2</sup> HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**: primeira parte. Introdução, tradução e comentários de Mary de Camargo Neves Lafer. 5. ed. São Paulo: Iluminuras, 2006. p. 64-65.

## RESUMO

Em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, o presente trabalho surge com um objetivo pontual e determinado: lançar luzes sobre duas propostas que surgem no interior do constitucionalismo emergente do segundo pós-guerra, para averiguar como ambas as teorias do direito, em uma perspectiva ampla (mas que problematizam a interpretação e a decisão, de certo modo), analisam o problema (interpretativo) deixado pelo(s) positivismo(s). A proposta se compreende dentro de um paradigma filosófico alinhado com a fenomenologia hermenêutica, que desconsidera os métodos (no sentido cartesiano) como instrumentos de averiguação da verdade. Ao fazê-lo, em um primeiro momento, embrenha-se em perquirir parcela do que foi feito neste ambiente teórico representado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, bem como em seus reflexos no Brasil. Em um segundo momento, especificamente duas teorias são estudadas: de um lado, a proposta de Jürgen Habermas, na Teoria Discursiva do Direito, em que são convocados postulados morais de Klaus Günther, filósofo que trabalha a questão dos discursos de fundamentação/justificação e os discursos de aplicação; de outro lado, a Crítica Hermenêutica do Direito, conjuminada por Lenio Luiz Streck, estribado em aportes da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger, da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, bem como da Teoria Integrativa de Ronald Dworkin. Tais investigações permitirão fazer um comparativo na forma como a interpretação e a compreensão se dão em ambas as vertentes. Por fim, visando obter um comprometimento com o contexto teórico da atualidade, colocam-se as propostas discursivas em foco, concluindo que os aportes hermenêuticos sugerem uma via de acesso ao conhecimento, em direito, mais alinhada com os avanços da filosofia. Em linhas gerais, o trabalho apresenta-se como uma ferramenta de análise que, ao definir suas bases, deixa claro o lugar da fala e, com fidelidade ao programa, pergunta-se pelas condições da interpretação no atual paradigma jusfilosófico.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Contemporâneo. Teoria Discursiva. Discursos de Fundamentação/Justificação. Discursos de Aplicação. Crítica Hermenêutica do Direito.

## ABSTRACT

In times of Contemporary Constitutionalism, this work comes with a timely and specific goal: to shed light on two proposals that arise within the emerging constitutionalism of the second postwar period, to ascertain how two theories of law, in a wide perspective (but that study the issues of interpretation and decision, in a certain way), analyze the problem left by the positivism(s). The proposal is understood within a philosophical paradigm based with hermeneutic phenomenology, which disregards the methods (in the cartesian way) as a tool for finding the truth. And in doing so, at first, penetrates into a portion of what was done in this theoretical environment represented by the Contemporary Constitutionalism and its consequences in Brazil. In a second step, specifically two theories are studied: on one hand the proposal of Jürgen Habermas, Discursive Theory of Law, which called moral propositions of Klaus Günther, a philosopher who works the question of the reasons/justification discourses and application discourses; on the other side to Critical Hermeneutics of Law, gathered by Lenio Luiz Streck, using in intakes of Hermeneutic Philosophy of Martin Heidegger, the Philosophical Hermeneutics of Hans-Georg Gadamer, and the Integrative Theory of Ronald Dworkin. Such investigations will allow a comparison in how the interpretation and understanding occur in both brands. Finally, to obtain a commitment to the theoretical context of today, assesses the relevance of the proposals, concluding that the hermeneutic contributions suggest a means of access to knowledge in law, more in line with advances in philosophy. In general, the work presents itself as an analysis tool that, when determining their bases, makes clear the place of speech, and with fidelity to the program, will the conditions of interpretation in the actual law-philosophical paradigm.

**KEYWORDS:** Contemporary Constitutionalism. Discursive Theory of Law. Reasons/Justification Discourses. Application Discourses. Critical Hermeneutics of Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
<b>1. AS BASES DA QUESTÃO: sobre O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, NEOCONSTITUCIONALISMO, PÓS-POSITIVISMO E O ESTADO D'ARTE DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XXI .....</b>	<b>20</b>
1.1 LOCALIZANDO O PROBLEMA: HÁ UM EFETIVO COMBATE CONTRA O(S) POSITIVISMO(S) NO BRASIL? QUAL? .....	27
1.1.1 Neoconstitucionalismo(s) e a experiência brasileira: um levante contra o(s) positivismo(s)?.....	32
1.1.2 Pós-positivismo e positivismo(s): um excursus .....	39
1.1.3 Novamente o Neoconstitucionalismo: falibilidades de um paradigma .....	46
1.1.4 Uma breve exposição da realidade teórico-jurídica brasileira: aportes críticos .....	50
1.2 PROCEDIMENTALISMO <i>VERSUS</i> SUBSTANCIALISMO: UM INTROITO ....	60
1.2.1 Procedimentalismo: o foco na separação dos poderes .....	62
1.2.2 A postura substancialista e a Constituição como projeto: dirigismo e direitos fundamentais .....	67
1.3 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO: DE COMO SE INSERE A QUESTÃO DISCURSIVA.....	69
<b>2. A FUNDAMENTAÇÃO DA TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA: SOBRE A PROPOSTA E SUA PERTINÊNCIA .....</b>	<b>71</b>
2.1 RAZÃO PRÁTICA E RAZÃO COMUNICATIVA: DA INTERSUBJETIVIDADE DO <i>MEDIUM LINGUÍSTICO</i> AO <i>LINGUISTIC TURN</i> .....	74
2.2 EGOÍSMO <i>VERSUS</i> ENTENDIMENTO: ORIENTAÇÃO DO AGIR E ATITUDES PERFORMATIVA E OBJETIVANTE.....	89
2.3 DESENCANTAMENTO, OBJETIVAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO DIREITO	92
2.4 O PAPEL-CHAVE DA CIDADANIA NA (RE)CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO .....	96
2.5 A CO-ORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO POLÍTICO E PODER POLÍTICO: PODER COMUNICATIVO E PODER ADMINISTRATIVO .....	104
2.6 DAS APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE DIREITO E MORAL .....	113
2.7 A CISÃO DOS DISCURSOS EM KLAUS GÜNTHER: <i>BEGRÜNDUNGDISKURS</i> E <i>ANWENDUNGDISKURS</i> .....	117
2.7.1 O princípio moral “U” e a fundamentação da regra moral geral.....	122
<b>3. CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: APORTES PARA UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA .....</b>	<b>131</b>
3.1 A HERMENÊUTICA DE MARTIN HEIDEGGER E O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO.....	132
3.2 HANS-GEORG GADAMER: DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA .....	142
3.3 <i>APPLICATIO</i> E CISÃO DISCURSIVA: EM DIREÇÃO ÀS LINHAS CONCLUSIVAS, OU DE COMO SE PRETENDE CINDIR O INCINDÍVEL .....	148
3.4 CONTRAPONTO: DE COMO CINDIR DISCURSOS PASSA A SER UM PROBLEMA HERMENÊUTICO.....	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	163
REFERÊNCIAS .....	166

## INTRODUÇÃO

Em tempos de decadência e ascensão de diferentes paradigmas interpretativos, em que a filosofia convida o direito à reflexão, a presente abordagem se propõe como exploração de um ambiente extremamente rico e cada vez mais presente na pauta acadêmica.

Discutir como se interpreta, se é possível a correção interpretativa e de como isso se transmuda em decisão judicial está na agenda teórica da produção acadêmica dos cursos de pós-graduação, especialmente na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Seja pela influência do corpo docente, discutir tais questões teóricas surge como algo inarredável para qualquer colocação que esteja ciente dos avanços filosóficos produzidos no século passado, notadamente a invasão da filosofia pela linguagem<sup>3</sup>.

Dentro desse ambiente acadêmico-teórico, o estudo pretende localizar o problema, qual seja, analisar a cisão dos discursos na teoria procedimental de Jürgen Habermas e Klaus Günther, e contrapor tais considerações com a Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito), capitaneada por Lenio L. Streck, a partir de bases hermenêuticas, como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Para tanto, o primeiro capítulo pretende realizar uma leitura, sempre a partir de lentes hermeneuticamente ajustadas, da realidade jurídico-teórica do Estado, do Judiciário e das Teorias Interpretativas do direito, no Brasil do atual século. Este ambiente teórico recebe o nome de Constitucionalismo Contemporâneo, local onde se pretende registrar os levantes realizados contra as posturas positivistas. Isso revelará a

---

<sup>3</sup> Em contraposição às filosofias anteriores (do *ser* e da *consciência*), a filosofia da linguagem está preocupada com o papel da linguagem no pensamento humano, na existência humana e na função da filosofia enquanto organização da existência humana diante do conhecimento. Assim: “É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica (re)inclusão da faticidade, que, de forma inapelável, mormente a partir da década de 50 do século passado, atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista e subjetivista), *estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão*. Destarte, esse déficit de realidade produzido pelas posturas epistemo-metodológicas – ainda presas ao esquema sujeito-objeto – vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, *colocando no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão*. Assim, salta-se do fundamental (*fundamentum inconcussum*) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103).

necessidade de se estabelecer o *lugar da fala*, colocando apontamentos específicos acerca dos conceitos de neoconstitucionalismo e de pós-positivismo, tudo para se averiguar se existe, efetivamente, um combate contra o positivismo, exaurido pelo paradigma constitucional do segundo pós-guerra.

A forma de compreensão deste paradigma revelará diferentes posturas teóricas: algumas de cunho procedimental, em que as questões sociais e jurídicas devem ser decididas pelo próprio povo, de um ponto predominantemente formal e procedimental (embora não se negue a conteudística da reconstrução dos direitos fundamentais em Habermas, como se verá<sup>4</sup>), ou seja, a realidade jurídico-procedimental deve preocupar-se com desenhos de mecanismos aptos a possibilitarem ao povo (este sim, soberano) decidir o que é melhor para si; outras de aposta substancialista, o que evidencia um deslocamento de tensão em direção à jurisdição, não como uma aposta na completa jurisprudencialização da política (de cariz ativista), mas como uma necessidade colocada por um paradigma constitucional dirigente, que passou a desenhar promessas (agora constitucionais) não atingidas pelo Brasil, que nunca viveu, a rigor, um Estado de cunho eminentemente promovedor. A rigor, tem-se uma questão de ênfase, pois não se pode conceber um procedimentalismo puro, assim como a impossibilidade se estende ao substancialismo não procedimental. De certa forma, todo procedimento guarda uma substância, e *vice-versa*.

Essas posturas, para além de discutirem questões teóricas, colocam na pauta justamente o papel da Constituição e dos Tribunais, diante de mandamentos explicitamente dirigentes, presentes na Lei Maior. O primeiro capítulo se encerra justamente com a inserção da questão discursiva, expondo as arestas inexploradas de um tema de pouca aparição teórico-doutrinária.

Com o segundo capítulo, parte-se para uma descrição pormenorizada da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Ponto a ponto, desbrava-se a questão da razão comunicativa como substitutiva da razão prática, as diferentes posturas dos agentes participantes em atos de fala, as questões do desencantamento do direito e da busca de uma fundamentação não metafísica da validade jurídica e a relação entre direito e moral.

O cume é atingido com a abordagem acerca da inserção de Klaus Günther como o verdadeiro responsável pela cisão discursiva, encerrando uma panorâmica

---

<sup>4</sup> A questão será abordada no Capítulo 2, como condições do princípio da autolegislação.

compreensão da teoria habermasiana e, no que tange aos discursos, da teoria guntheriana acerca de como se coloca a cisão dos discursos de fundamentação e dos discursos de aplicação na teoria procedimental.

Assim encerra-se o segundo capítulo com uma parcial análise dos resultados até então obtidos, em que se evidencia, pontuadamente, o que Günther pretendia com a cisão discursiva, e relaciona-se sua fundamentação com o problema central do presente trabalho: a cisão discursiva é compatível com o atual estado filosófico e jurídico do Estado Democrático de Direito, ou abre espaço para uma discussão que expõe a fratura epistemológica de uma teoria da interpretação e, assim, da decisão em direito?

Com tais abordagens realizadas, promove-se a discussão em outro lugar epistemológico, a saber: a partir da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD<sup>5</sup>, trabalhada no terceiro capítulo. Parte-se de Martin Heidegger para explicitar as condições de se pensar (em verdade, de como o próprio ato de pensar precisa ser repensado) conceitos caros, como diferença ontológica, ontologia existencial, etc.

Só com tais projetos se autorizam breves comentários sobre a filosofia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, para elucidar finalmente a questão discursiva perante a CHD. Em um ponto especial, antes das considerações finais, o trabalho faz

---

<sup>5</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), ou Nova Crítica do Direito (NCD), entabulada por Lenio L. Streck, pode ser entendida como um olhar hermenêutico “compreendido como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por meio de um pensamento objetificador (Heidegger). Ou seja, a metafísica que, na modernidade, recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente a diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização que, na sua forma simplificada, redundou em uma cultura jurídica estandardizada, em que o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmático, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. A CHD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o ‘des-velamento’ (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, em que não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, *no interior do qual não se separa o Direito da sociedade*, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos?* Uma resposta a partir do ontological turn. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, UNISINOS, v. 37. n. 101, set./dez. 2004. p. 35-36, nota 5).

um rápido contraponto, que acaba por adiantar algo próprio das conclusões. Nele se problematiza a questão de como a cisão discursiva proposta por Jürgen Habermas e Klaus Günther se torna um entrave interpretativo.

As conclusões engendram a necessidade de uma adoção em larga escala dos postulados hermenêuticos, eis que mais atentos e preocupados com os problemas interpretativos. Nesta quadra da história, o Constitucionalismo Contemporâneo exige uma teoria da interpretação e, conseqüentemente, de uma teoria da decisão alinhadas com o paradigma da filosofia da linguagem.

Sem mais delongas, passa-se ao desenvolvimento do trabalho, a fim de que se possibilite algum tipo de originalidade na abordagem, possibilitando contribuição ao problema discursivo em Direito.

# 1. AS BASES DA QUESTÃO: SOBRE O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, NEOCONSTITUCIONALISMO, PÓS-POSITIVISMO E O ESTADO D'ARTE DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XXI

## ESPÍRITO

*Os sentidos não captam senão projeções da mente.  
Mesmo que vejais a imagem de um espírito pela vidência,  
não estareis vendo a Realidade;  
tudo que podeis perceber através dos sentidos  
são projeções da mente, e não a Realidade Prima.  
- Masaharu Taniguchi<sup>6</sup>*

Um movimento em direção ao passado sempre exige uma delimitação histórica. Nesse sentido, a historicidade de algo sempre diz de um retorno a si, notadamente contingente, mormente no Direito, em que os balanços teóricos na história jogaram dialeticamente com a relação do senhor e do escravo, para usar a metáfora hegeliana<sup>7</sup>.

O *romance em cadeia*<sup>8</sup> assim se desenha. Trata-se de um virar a página, sempre recordando o que se viu. O presente trabalho perfaz esse caminho: o da reflexão<sup>9</sup>. Mas, para evitar uma jornada pretensiosa ao passado do direito, demasiadamente ampla, adota-se a senda da memória jusfilosófica da interpretação.

E para contar da história da interpretação, ao menos o pertinente ao presente trabalho, utiliza-se um valioso ponto de partida na literatura, especificamente uma

---

<sup>6</sup> TANIGUCHI, Masaharu. **Sutra sagrada (Kanro no Hou)**. 35. ed. São Paulo: Seicho-No-Ie do Brasil, 2003. p. 20-21.

<sup>7</sup> Presente em: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Trad. Paulo Meneses. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

<sup>8</sup> O termo é de Ronald Dworkin. Diz da responsabilidade que as gerações têm em construir uma teoria do direito que lide com os conceitos de igualdade e liberdade, sempre da melhor forma possível. Esse trato será um capítulo, predecessor dos demais, continuador dos anteriores, nessa linha romântica que desenha a integridade do Direito. Para aprofundamento, ver: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275.

<sup>9</sup> No sentido que Wayne Morrison usa, ou seja, a exigência de uma reflexividade como “processo mediante o qual a ação de perguntar se volta para aquele que pergunta, ou para convenções da tradição na qual o questionamento ocorre, em uma tentativa de tornar-se mais consciente de si mesmo” (MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2).

obra de William Shakespeare, que, diante da percepção de Lenio L. Streck<sup>10</sup>, serve como parâmetro para o que se pretende estudar adiante.

A riqueza da abordagem de William Shakespeare exulta um furor jurídico-religioso vivido na fria Viena. Revela a dramaturgia de excelência, um contexto de abandono provisório de cargo importantíssimo, deixado pelo Duque Vicêncio, confiado ao Lorde Ângelo. Dada a contingência, o Duque precisa transferir a Ângelo o governo da localidade, pelo tempo necessário para que visite a Polônia. Nisso entrega-lhe mandato, pedindo que haja como o próprio Duque agiria, e parte para a viagem. Essa ação encerra a cena um.

A cena dois inicia com três cavalheiros conversando, momento em que surge a notícia da prisão de Cláudio. A acusação versava sobre ato de fornicação, pois havia rumores de que tal sujeito teria transmutado a donzela Julieta em mulher. Questionado pelos companheiros cavalheiros, Cláudio revela que Julieta era como sua esposa e que apenas escondiam tal situação por interesse em uma herança que ela receberia. A situação foi desvelada pela impossibilidade de esconder os sinais notórios da gravidez que se avizinhava.

Nesse ínterim, Cláudio pede a um dos cavalheiros, de nome Lúcio, que procure auxílio de sua irmã, a fim de interceder, junto ao Lorde Ângelo, por clemência, para evitar a aplicação da pena capital.

A cena três revela que o Duque Vicêncio, em verdade, não viajou. Pelo contrário, ocultou-se no mosteiro, com intenção clandestina: pretendia passar a Ângelo o poder aplicativo das leis, visando tornar o ordenamento novamente vigoroso, sem implicar sua (quase automática) queda de prestígio junto ao povo, dado o formalismo de que se necessitava. Sem querer arcar com o desgaste político da medida, explica o Duque a Frei Tomás:

Nós temos leis e estatutos severos,

---

<sup>10</sup> A versão utilizada da presente dramaturgia foi: SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Editora, 2004. Apresentada na forma de episódio do programa televisivo “Direito & Literatura”, capitaneado pelo Prof. Streck, na rede de televisão TVE-RS, a obra **Medida por medida** foi analisada, em conjunto, pelos Prof. MS Jáder Marques (Direito/UNISINOS) e Prof. Dr. Lawrence Flores Pereira (UFSM), 44.<sup>a</sup> edição do programa. Apresentação: dia 23 de agosto de 2009, domingo, às 17h30min e Reapresentação: dia 27 de agosto de 2009, quinta-feira, às 23h10min. Disponível em: <[http://www.ihj.org.br/poa/dl\\_programa3.asp](http://www.ihj.org.br/poa/dl_programa3.asp)>. Acesso em: 26 maio 2011, às 21h. Ressalta-se, também, que Lenio L. Streck faz referência a esta dramaturgia em sua Aula Magna, proferida no STF, disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=0sdyomqFjf4>> Acesso em: 26 maio 2011, às 21h.

Freio e bridão de potros cabeçudos,  
Que não cumprimos há quatorze anos.  
Como um leão idoso que, na toca,  
Não sai para caçar. Qual pai bondoso,  
Que só empunha a vara de marmelo  
Para brandir os olhos de seus filhos  
Por susto e não para uso, esta se torna  
Um motivo de riso e não de medo.  
De modo igual as nossas leis 'stão mortas.  
A liberdade abusa da justiça.  
O neném surra a ama, e o que é direito  
'Stá todo torto.<sup>11</sup>

Lúcio procura a irmã de Cláudio, Isabela, momento em que se inicia a cena quatro. O ambiente é o convento local, pois o cavalheiro revela à moça o motivo da segregação de seu irmão Cláudio. Por fim, pede-lhe que interceda pelo jovem, visto que a aplicação da sanção deriva de um decreto antigo, sem eficácia, cujo poder religioso da quase freira pode trazer luz sobre a treva. Encerra-se, assim, o ato um.

No ato dois, cena um, trava-se extenso debate que narra o julgamento de um alcaiete<sup>12</sup> e de como o ajudante do Lorde Ângelo, Escalo, faz uso afiado das leis contra a realidade profana de Viena. Pretende ele acabar com toda a atividade do meretrício, “enforcando e decapitando”. A impetuosidade de Lorde Ângelo fica latente quando, no caso Cláudio, nem Escalo com ele concorda.

Enfim, o ápice: a cena dois discorre sobre a conversa de Isabela com Lorde Ângelo. Ela lança mão de argumentos visando persuadi-lo a deixar de aplicar a pena de morte. As evasivas do governante interino se dão sempre na mesma senda: “O seu irmão é um transgressor da lei. ‘Stá perdendo o seu tempo’”.<sup>13</sup> Seria inútil ela prosseguir. No contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela, pois, a palavra do poder. Numa despersonalização da ação, Ângelo comunga: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”.<sup>14</sup>

A cena se encerra com Ângelo perdido em pensamentos, após pedir que Isabela retorne no outro dia, pela manhã, deleitado pelas palavras da virgem que, nos auspícios de fazer votos para no caminho do Senhor entrar, passa a evocar todos os

---

<sup>11</sup> SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Ed., 2004. p. 28-29.

<sup>12</sup> O alcaiete é como um alcoviteiro, um corretor de prostitutas, cáften, proxeneta. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o novo Dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 89.

<sup>13</sup> SHAKESPEARE, William, *opus cit.*, p. 56.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 56.

sentimentos religiosos e morais, visando poupar a vida do irmão. Diz Ângelo, para si mesmo:

De você.  
Dessa sua virtude! Mas, que é isso?  
A culpa disso, então, é dela ou minha?  
Quem peca mais? Quem tenta ou é tentado?  
Hã? Não ela, que não tenta, mas sim eu,  
Que 'stando ao lado da violeta, ao sol,  
Imito o verme vil e não a flor,  
Corrompendo a beleza. Mas será  
Que o pudor traía mais nosso bom senso  
Do que a perda? Tendo tanto campo,  
Havemos de arrasar um santuário  
Pra servir de cloaca? Que vergonha!  
Que fazes, Ângelo? Antes, quem és?  
Teu vil desejo dela vem das coisas  
Que a fazem boa? Deixa que o irmão viva:  
O roubo do ladrão se justifica  
Se o juiz é larápio. Então a amo,  
Desejo ouvir de novo a sua voz,  
Gozar do seu olhar? Qual é meu sonho?  
Para agarrar um santo, o demo esperto  
Usa um santo pra isca. É perigosa  
A tentação que nos leva ao pecado  
Por amor à virtude. A prostituta  
Não pode, com sua arte e seu vigor,  
Tocar-me a têmpera; mas sua virtude  
Me conquistou. E até hoje eu sorria,  
Sem compreender o homem que sofria.<sup>15</sup>

Os problemas de Ângelo começam aí: no dia seguinte (ato dois, cena quatro) comparece Isabela para verificar o andamento das reflexões do Lorde. Para sua infelicidade, ele não cede, mas passa a questionar a jovem, de modo que ela reflita se seria capaz de cometer o mesmo delito do irmão, visando salvá-lo da pena de morte. Ao cabo do diálogo, Ângelo despeja seu sentimento pela jovem e dócil moça, aduzindo-lhe que, se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado. Estava feita, então, a proposta. Ante a pronta negativa da beldade, o governante deixa-a com seus pensamentos. Indignada com a situação desidiosa, a jovem Isabela fala consigo mesma:

A quem devo eu queixar-me? Se eu falar,  
Me hão de crer? Oh bocas perigosas,  
Que contendo uma só e única língua  
Pra condenar e dar aprovação,  
Fazendo a lei curvar-se ao seu capricho,

---

<sup>15</sup> SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Tradução de Barbara Heliadora. Rio de Janeiro: Lacerda Ed., 2004. p. 61-62.

Fisgam o bem e o mal ao apetite,  
E puxam sua linha! Vou ver Cláudio.  
Mesmo caído com o calor do sangue,  
Há nele e em sua mente uma honra tal  
Que com vinte cabeças para entregar  
Em sangue ao cepo, havia de perdê-las  
Antes que a sua irmã baixasse o corpo  
A tal conspiração.  
Viva pura, Isabel, e morra o mano:  
Mais que um irmão é a minha castidade.  
O que Ângelo quer vou-lhe dizer,  
E preparar-lhe a mente para morrer.<sup>16</sup>

Inserida está a questão, pois. E num retorno ao começo, retomando a dialética hegeliana, vê-se: de *escravo* da lei, estranhamente Lorde Ângelo revela-se *senhor* dela<sup>17</sup>. Essa – aparentemente, mas só aparentemente – desimportante questão, abre um universo de questionamentos/colocações/reflexões, isso porque as relações direito-lei, desde a novação trazida pelo Constitucionalismo Contemporâneo<sup>18</sup>, passaram a contar com uma variante inescusável: a interpretação.

Em termos políticos, controlar a interpretação é(era) uma forma de controlar a atividade jurisdicional. Pode-se perceber que uma das ocupações centrais da teoria do direito, ao menos nos países de tradição *civil law*, é a interpretação.

Esse ponto permite fazer um enlace elucidante: Shakespeare demonstrou uma reviravolta dentro do problema da interpretação, não especificamente do direito, pois não há dúvidas de que a interpretação é uma questão também filosófica, de forma a

---

<sup>16</sup> SHAKESPEARE, William. **Medida por Medida**. Tradução de Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Lacerda Ed., 2004. p. 74.

<sup>17</sup> A conclusão, assim como a pertinência da análise no que tange ao esquema objetivismo-subjetivismo, é de Lenio L. Streck, feita em: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 304-305.

<sup>18</sup> O segundo pós-guerra inaugura, na modernidade, uma paradigma constitucional diferente. Alguns autores se referem a esta fase da teoria jurídica como *neoconstitucionalismo*. Não é o que se pretende neste trabalho. Na linha do que ensina Lenio L. Streck, verifica-se que o termo “neoconstitucionalismo” tem sido utilizado para referir-se a teorias extremamente divergentes. Suas características evidenciam contradições. Para impedir mal-entendidos, este ambiente teórico recebeu outra nomenclatura: Constitucionalismo Contemporâneo. “Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redirecionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas estas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37).

ilustrar, com clareza peculiar, o balanço entre o objetivismo<sup>19</sup> e o subjetivismo.<sup>20</sup> Embora tal polarização seja apenas um mecanismo analítico de verificação teórica, ele ajuda a investigar as posturas interpretativas, tanto antes do Constitucionalismo Contemporâneo como dentro deste.

Do ponto de vista exclusivo da hermenêutica jurídica (clássica, é importante frisar, já que a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito diverge da noção de hermenêutica como “arte da interpretação”), pode-se entender o objetivismo como a interpretação calcada unicamente no texto, de onde se depura inaceitável qualquer tipo de participação subjetiva do sujeito cognoscente na obtenção do significado de um texto. Já o subjetivismo não pode ser entendido apenas como a busca da vontade do legislador, mas também a entrega do poder interpretativo (interpretação como ato de vontade) ao juiz (uma espécie de *intérprete privilegiado*).

A tradição jurídica experimentou justamente essa reviravolta: na França, por meio do exegetismo e do voluntarismo (Escola do Direito Livre); na Alemanha mediante a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses (posteriormente a Jurisprudência dos Valores). Em verdade, todas essas dicotomias desenham um mesmo movimento: o paradigma interpretativo deslocou-se, como a proposta de Ângelo à irmã de Cláudio.

Pode-se dizer, com certo cuidado<sup>21</sup>, que o Constitucionalismo Contemporâneo surge como um solavanco, que faz surgir um novo paradigma teórico-jurídico. A

---

<sup>19</sup> Para a doutrina objetivista “a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbítrio social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como um compreensão *ex nunc* (desde agora), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação (sociológico). [...] Já o objetivismo na interpretação da lei e da Constituição tem-se constituído na *posição predileta dos positivistas formais*.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 127).

<sup>20</sup> A doutrina subjetivista “insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado da vontade do emissor da norma lhe é fundamental) é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto interpretação *ex tunc* (desde então), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). [...] Traços fortes de voluntarismo estão presentes nas teses subjetivistas, renovado no século XX pelas concepções que substituem o voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz, o que se pode ver na ‘livre investigação científica’ proposta por Geny, pela ‘direito livre’ de Kantorowicz e pela **Teoria Pura do Direito**, de Kelsen.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 127).

<sup>21</sup> O “cuidado” referido reside no seguinte ponto: como se referiu, antes, acerca da mudança de entendimento do que seja o neconstitucionalismo e o que é o Constitucionalismo Contemporâneo, se verificarão posturas (auto)intituladas neoconstitucionalistas que abordam as questões interpretativas por vertentes subjetivistas e, até, por sendas objetivistas. Isso denota, de pronto, que o

grande questão passa a ser como se desenvolveram as teorias neoconstitucionais e pós-positivistas dentro desse ambiente maior, ou seja, de que forma o positivismo (e até *qual positivismo*) foi atacado. Tudo vai depender do que se entende por neoconstitucionalismo e, mesmo, do que se compreende por pós-positivismo.

Mas o que é o neoconstitucionalismo? O que fez o neoconstitucionalismo com a teoria do direito? Em geral, o que se entende por *neoconstitucionalismo* vai depender, fortemente, do autor que se adota para conceituar. Este raciocínio se repete ao se substituir o objeto dos questionamentos pelo pós-positivismo.

Com efeito, a proposta de Ângelo ilustra esse movimento que as teorias interpretativas, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, acabam por fazer: elas transitam entre um objetivismo e um subjetivismo discricionário (como se a interpretação pertencesse ao texto, ou então pertencesse ao intérprete), decisionista, onde o sujeito maneja os sentidos tal qual seu desejo determina. Disso se pode perceber um desbordar do avanço da filosofia, por meio da *linguistic turn*, e do “desvelar” da dimensão hermenêutica do direito.

O espaço aberto entre a objetividade da lei como senhora, até a subjetividade do indivíduo que escraviza a lei, revela um acontecer: um acontecer hermenêutico. Essa brecha carece de luz; esse horizonte necessita de investigação; e o sentimento de Shakespeare ilustra uma possível leitura da realidade jurídica do Brasil hodierno: entre a postura objetiva e a subjetivo-discricionária, deixou-se um hiato.

De forma peculiar, o presente trabalho pretender andar neste vazio. Sem pretensões finalísticas, trata-se de verificar o papel da hermenêutica constitucional dentro do fazer jurídico. Analisando fragmentos das propostas de autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther, de um lado, e de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, de outro, pretende-se demonstrar um possível jogo discursivo velado na interpretação/aplicação do direito.

Discursivo significa dizer oriundo da linguagem, elemento que avocou importante papel dentro da filosofia, a partir do *linguistic turn*, fato que, de certa forma, não pode mais ser ignorado pelas ciências do espírito nas quais se insere o direito.

Para compreender tal jogo, averiguar-se-á, mesmo que sucintamente, o problema histórico-institucional do Direito em nosso País. Tal abordagem revelará a

---

neoconstitucionalismo não evidencia uma postura única. O decorrer do texto elucidará tal abordagem.

historicidade do problema e permitirá uma genealogia do quadro contingente que se desvela ao jurista nesta quadra da história. Em geral, far-se-á uma das possíveis abordagens acerca da abertura criada pelo Constitucionalismo Contemporâneo, permitindo que o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo aconteçam.

Dadas as bases, passa-se ao edifício teórico-pragmático que se coloca diante do pensador do direito no Brasil do século XXI.

## 1.1 LOCALIZANDO O PROBLEMA: HÁ UM EFETIVO COMBATE CONTRA O(S) POSITIVISMO(S) NO BRASIL? QUAL?

*O poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico de nossos dias. E não certamente apenas no âmbito estrito deste universo, pois que o seu relevo se projecta com uma importância aguda e a muitas dimensões no mundo global da prática comunitária. É vocação do iudicium exorcisar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à acção na interacção, e o nosso tempo, que tem feito experiências cruéis, e regressivas desse poder e dessa força sente profundo e urgente o apelo à razão contra a atávica irracionalidade.*  
- Castanheiras Neves<sup>22</sup>

O “qual”, do título do subcapítulo, evidencia uma ambiguidade. Quer-se saber se há, efetivamente, um combate. E também, caso positivo, quer-se saber contra quem tal embate é dirigido. Assim, localizar o problema significa justamente isto: evidenciar as ambiguidades.

Logo, o pano de fundo que se adota, para fins de contextualização do presente trabalho, desvela um país latinoamericano que convive com a eventualidade de uma modernidade tardia,<sup>23</sup> ou seja, que não viveu todos os modelos estatais como ocorreu

---

<sup>22</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito”. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. LXXIV (separata), 1998. p. 1.

<sup>23</sup> O termo se refere ao problema de consideração posto ao país onde as elites se consideram pós-modernas, e o povo vive no atraso sociocultural. Pode-se considerar que os problemas oriundos da onda neoliberal atingiram os países que viveram um *welfare state* de uma forma, e os que nunca o conheceram (caso brasileiro), de outra. O que está em foco, com este conceito, é a consideração de que a modernidade não passou, pois a desigualdade social não permitiu a vivência plena de uma verdadeira modernidade, ao menos para larga parcela social que ainda vive na linha abaixo da miséria. A discrepância de uma elite intangível e intocável e uma pobreza cliente das varas criminais é por demais ampla. “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/lotando com o capital

na Europa Ocidental. Isso provocou algumas “promessas constitucionais não cumpridas”. Em geral, assim se diz do caráter dirigente que a Constituição adota, em contraponto à realidade social. Isso significa dizer que a história institucional do direito no Brasil representou uma sequência de eventos em sincronia peculiar.

Transcorreram-se mais de vinte e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, e o responsável por concretizar as políticas públicas prestacionais, típicas de um Estado Providência<sup>24</sup>, ainda encontra dificuldades para fazer valer o projeto dirigente. O pacto político-institucional incrustado na Constituição encontra dificuldades de se impor. As causas de tal modo de ser advêm de épocas longínquas. Um autor que estudou esses horizontes e pesquisou as origens da realidade social tal qual posta foi Raymundo Faoro. Seu desenho demonstra um tradicionalismo na historicidade brasileira, cheia de percalços de ritmo,<sup>25</sup> que originou o sistema político, de forte influência lusitana.

---

internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros!*” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 28-29.

<sup>24</sup> Tal utilização diz respeito ao Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), também conhecido como Estado Providência. Significa o tipo ideal (no sentido de Weber) de uma organização jurídica de natureza pública e soberana que objetiva prestar, na maioria das vezes, por meio de políticas públicas (embora este não seja o único mecanismo utilizado), atendimento aos direitos de segunda dimensão (*rectius*: igualdade), ou seja, os direitos fundamentais sociais, entre eles a moradia, a segurança pública, a saúde, etc., de modo a minimizar a desigualdade material gerada pela utilização irresponsável da liberdade garantida pela ideologia do Liberalismo. Ou seja, ele contrapõe o tipo ideal do Estado Liberal, que dá ênfase aos direitos fundamentais de primeira dimensão (*rectius*: liberdade), centrados nas liberdades negativas dos sujeitos contra o próprio Estado. Seu cariz, próprio para atender aos interesses burgueses, visava afastar o Estado da faticidade da vida, desde que, quando chamado, garantisse os principais bens jurídicos desta casta social: o patrimônio e a segurança. Em tese, o Estado Democrático de Direito deveria ser a superação de ambos os modelos: tanto do Estado Liberal como do Estado Social. O termo “tese” se justifica na medida em que, no Brasil, nunca houve um modelo de Estado propriamente *Social*. O movimento democratizador, que culminou com a queda da ditadura militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988 lançou à sociedade brasileira um modelo constitucional-estatal muito avançado. Sem a devida herança jurídica institucional, ainda se vive um amadurecimento político-jurídico. Para informações completas sobre o tema, ver: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>25</sup> Raymundo Faoro lança luzes sobre o progresso dos países retrógrados mediante um conceito-chave, *a desigualdade do ritmo*, assim explicada: “Um teórico marxista, Trotski, atento à lição do seu mestre, olhos postos no país atrasado onde o Estado absorve parte da fortuna, enfraquecendo todas as classes e burocratizando-se, nota que a adaptação ao ritmo mundial impõe a combinação original de bases diversas do processo histórico. ‘Selvagens lançaram fora os arcos e flechas e apanharam imediatamente os fuzis, sem percorrer o caminho que havia entre essas duas armas no passado.’ ‘A desigualdade do ritmo,’ — prossegue mais tarde — ‘que é a mais geral das leis do processo histórico, manifesta-se com especial rigor e complexidade no destino dos países atrasados. Sob o chicote das necessidades exteriores, a vida retardatária é constringida a avançar por saltos. Desta lei universal da desigualdade do ritmo decorre outra lei que, na falta de melhor nome, pode denominar-se lei do desenvolvimento combinado, no sentido da aproximação das etapas diversas, da combinação de fases discordantes, da amálgama de formas arcaicas com as modernas.’ A crítica

Pode-se considerar que a própria condição de país da América Latina já diz muito<sup>26</sup>, no sentido de que a historicidade dessas pátrias se desenvolveu de forma *sui generis*. Significa dizer que, desde o evento colonizador, de cunho exploratório, próprio das colônias ibéricas, até as formações das nações, cujo combate pela democracia revirou diversos anos, o povo enfrentou percalços, como antes referido. Por isso, pode-se dizer, com Faoro, que a sociedade brasileira ainda vive de uma forma estatamental, em certos aspectos e determinados enfoques.

Com efeito, a autonomia do direito fica diretamente ligada aos eventos históricos que a nação viveu. Revolver este romance literário, o *conto brasileiro*, demonstra que não havia, efetivamente, espaço para um Direito autônomo, capaz de dizer de si mesmo. Assim, em geral, diz-se que havia uma instrumentalização. Para ilustrar a afirmação, utilize-se o caso da Lei (delegado) Fleury<sup>27</sup> ou das aposentadorias

---

liberal e a marxista, ao admitirem a realidade histórica do Estado patrimonial, com sua alma no capitalismo politicamente orientado, partem do pressuposto da transitoriedade do fenômeno, quer como resíduo anacrônico, quer como fase de transição. Ambas, na verdade, comparam a estátua imperfeita a um tipo ideal, este, em termos de distância histórica, de existência mais curta, de cores mais embaralhadas que a clara visão de seus ideólogos. O ponto de referência é o capitalismo moderno, tal como decantado por Adam Smith, Marx e Weber, tratados os estilos divergentes como se fossem desvios, atalhos sombreados, revivescências deformadoras, vestígios evanescentes. Sobre um mundo acabado, completo, ou em via de atingir sua perfeição última e próxima, a vista mergulha no passado, para reconstruí-lo, conferindo-lhe um sentido retrospectivo, numa concepção linear da história. O passado tem, entretanto, suas próprias pautas, seu curso, embora não caprichoso, obra dos homens e de circunstâncias não homogêneas. O historiador, adverte um filósofo, elimina o elemento irracional dos acontecimentos, mas, nesta operação, cria uma ordem racional, que não só por ser racional será verdadeira.” (FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 868-869). O conceito acima trabalhado permite advertir o leitor acerca da historicidade por saltos do Brasil. Como descrito anteriormente, *terrae brasilis* não vivenciou os estágios dos modelos estatais, fato que gerou um imbróglie em diversos setores. O patrimonialismo das cortes pós-feudais europeias teve reflexos no Brasil, criando uma estrutura própria, dando origem ao coronelismo, ao clientelismo político, à burocracia e ao tradicionalismo, especialmente na esfera pública. Ou seja, não é preciso um exercício profundo para visualizar a *desigualdade de ritmo* entre o Brasil e os países ditos modernos, ou os *saltos*, nos termos do autor.

<sup>26</sup> Para um estudo das desigualdades e absurdos presentes na América Latina atual, ver: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (orgs.) **Democracia, violência e injustiça: O não-Estado de Direito na América Latina**. Tradução de Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

<sup>27</sup> “A Lei n. 5.941/73, conhecida como ‘Lei Fleury’, elaborada no período marcado pela ditadura no Brasil, foi criada para proteger o Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que estava à frente da operação que matou Carlos Marighella. Apesar das inúmeras pressões e intimidações que o Promotor Hélio Bicudo estava sofrendo, ele havia conseguido reunir evidências suficientes para o indiciamento do delegado, e, segundo a lei vigente na época, os indiciados deveriam ser presos. Essa lei, então, alterou, entre outros, o artigo 408 do Código de Processo Penal, dando a seguinte redação: ‘Art. 408 – Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. [...] § 2.º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, já se encontre preso’ [...]. Logo, foi neste contexto que o princípio da presunção da inocência foi introduzido na codificação.” (STRECK, Lenio Luiz. **Em defesa da pós-graduação acadêmica**: □Notas sobre a inadequação do

compulsórias durante a Ditadura Militar<sup>28</sup>, dois casos problemáticos que apontam, salvo melhor juízo, para questões nevrálgicas dentro do direito: a ausência de uma democracia efetiva mantinha o direito em trilhos determinados, sendo que a crítica resistia aos apelos do dogmatismo.

Só no final da década de 1980, com a instauração da Assembleia Constituinte, tem-se o início de uma nova era em termos de revolução paradigmática<sup>29</sup>: abertura democrática e nova Constituição da República Federativa do Brasil colocam a questão jurídica alinhavada aos ditames da modernidade. Em geral, pode-se dizer que o projeto dirigente, o Estado Social e os Direitos Fundamentais assumem a vanguarda do direito.

Não se trata de abandonar as conquistas do Constitucionalismo (como a delimitação e separação do poder, estruturação e organização do Estado), mas de ir além: passava-se ao estabelecimento de um *locus* privilegiado de fundamentos político-jurídicos da Nação. Em outros termos, a Carta Magna de 1988 trouxe, para dentro do Direito Constitucional, na linha do que vinha sendo feito

---

Mestrado Profissionalizante na área do Direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/Texto%20Mestrado%20Profissionalizante%20Lênio%20Streck%20-%20Jacinto%20Coutinho.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011, nota 12).

<sup>28</sup> O exemplo emblemático que se pode colacionar aqui é o do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Paulo Sepúlveda Pertence. Em sua entrevista ao Projeto História Oral, do Memorial do Ministério Público Federal, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence conta acerca de sua aposentadoria compulsória, dada pelo famigerado Ato Institucional n.º 5: **“E aí o senhor fica no Ministério Público como promotor até 1969, quando o senhor, então, é aposentado pelo Ato Institucional n.º 5? Sou aposentado pelo Ato Institucional n.º 5, pela Junta Militar. É um afastamento, é uma demissão. E aí como é que o senhor se sentiu, Dr. Pertence?** Bem, a essa altura, já casado, e um tanto perplexo... A aposentadoria era uma coisa simbólica e os poucos proventos da aposentadoria... **O que significava essa aposentadoria em termos salariais?** Eu tinha cinco anos, era proporcional nesse tempo. Rigorosamente, não representava coisa alguma.” (PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Projeto História Oral. **Ministério público federal**, Brasília, 2005. Entrevista concedida ao Prof. Dr. José Walter Nunes em 25 março 2005. Disponível em: <[http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos\\_docs/jose%20paulo.pdf](http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos_docs/jose%20paulo.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2011) (grifos no original).

<sup>29</sup> Sempre tendo em mente os percalços, notadamente a proximidade que se instaurou na constituinte de 1988, muito bem retratada por Paulo Bonavides: “Foi o período mais duro e agônico vivida pela Constituinte. Realmente, naquela ocasião o público parecia perder a fé na idoneidade da tarefa executada. Contribuições folclóricas foram referidas pelo próprio relator Bernardo Cabral, numa conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, onde sumariamente lembrou emendas deste teor: art. tal: ‘Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. § único. Lei complementar definirá qual a cor.’ Alguém também, acrescentou ele, havia posto na subcomissão que os homens e as mulheres são iguais, exceto na gravidez, no parto e no aleitamento.” (BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 461-462). Pondo de lado o caráter anedótico do exemplo, fica a nota de que, mesmo a conquista constitucional em *terrae brasilis* foi tarefa árdua. Diversos setores da sociedade mobilizaram-se para a implantação da maior conquista político-jurídica do país desde sua independência. É outro motivo, portanto, para se defender a força normativa da Constituição, em todos os níveis processuais e procedimentais do cotidiano judicial.

internacionalmente,<sup>30</sup> conteúdos próprios de uma Constituição, de cunho essencialmente material. Num termo, ela se *rematerializa*, e isso acarreta uma abertura. É o já mencionado Constitucionalismo Contemporâneo.

Com a instituição do Estado Democrático (e Social) de Direito<sup>31</sup>, tem-se a invasão do privado pelo público, no sentido de que o interesse público passa a legitimar as mais diversas intervenções estatais na esfera privada, com limitações previstas no próprio corpo constitucional. De certa forma, essa intervenção denota expressão providencial, de Estado prestador, garantidor, afiançador, protetor de direitos e garantias fundamentais, notadamente de segunda dimensão<sup>32</sup>.

Principalmente na economia e na política, vê-se o Estado obrigado a *dar condições*, com base nos princípios (agora) constitucionais. Os sujeitos, assim, passam a (ter possibilidade de) exigir programas públicos, para que se realizem como indivíduos, usufruindo de sua dignidade.

Esta onda materializadora recebeu o nome de *neoconstitucionalismo*. Autores como Paolo Comanducci, Prieto Sanchís, Ricardo Guastini, e no Brasil, Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento e Dimitri Dimoulis, deram cabo de levar tal movimento às suas últimas consequências: era necessário enfrentar o positivismo. Ocorre que o

---

<sup>30</sup> Utilizam-se como exemplo as Constituições Mexicanas, de 1917, e de Weimar, de 1919. Ambas, de uma forma geral, se caracterizam como: “[...] uma garantia cidadã de bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 64).

<sup>31</sup> Da historicidade do Estado de Direito, dadas as suas nuances peculiares ao se variar o espaço de análise, inicialmente de cariz liberal, passando por uma natureza social, e culminando em um projeto democrático-constitucional e, principalmente, para entender o levante contra o absolutismo, ver: COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **Estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Quanto ao termo “e Social”, utiliza-se lição de Lenio Streck, que lança tal terminologia para designar, especialmente em *terrae brasiliis*, a inexistência de um efetivo Estado Social de Direito, justamente porque a incorporação dos direitos fundamentais de segunda geração (Bobbio) ou dimensão (Sarlet), ao texto constitucional, diz dessa *memória não vivida*. Tudo na linha do que afirma STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente capítulo 1.

<sup>32</sup> Faz-se, aqui, menção à clássica divisão de Norberto Bobbio, na obra *A Era dos Direitos*, com a substituição terminológica de Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo constar *dimensão* no lugar de *geração*, como originalmente proposto. Assim, portanto, são direitos de primeira dimensão os derivados do mandato central da liberdade, de natureza individual. São todos os direitos que garantam liberdades subjetivas, operando como uma contraordem ao Estado, para que se mantenha afastado, estabelecendo um distanciamento, um absentismo público. Já os direitos de segunda dimensão circunscrevem o conceito nuclear da igualdade, de natureza coletivo-social. Neste sentido, são direitos de segunda dimensão todos que guarneçam interesses coletivos, mas não simplesmente protegendo-os e, sim, os promovendo. Assim, tem-se como exemplos a moradia, a segurança pública, a saúde, etc. Por fim, embora Bobbio tenha elencado outros, a terceira dimensão diz respeito aos direitos advindos da noção central da fraternidade-solidariedade. Diz respeito aos direitos protetores das massas transindividuais, como o meio ambiente, etc. O tema é abordado à saciedade em: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

neoconstitucionalismo, como afirmado em nota anterior, deixou de ser um ambiente teórico e assumiu-se como teoria do direito. Isso o fez perder a amplitude inicial, de um acontecimento, para dar-lhe nova roupagem: um objeto teórico a ser implantado como instituição jurídica. Pode-se dizer que ele deixou de ser *causa* (da alteração paradigmática) e passou a ser *efeito* (como Lenio L. Streck referiu, e neste trabalho se adota Constitucionalismo Contemporâneo).

Para elucidar melhor este enfoque, o ponto a seguir visitará as características do neoconstitucionalismo, para averiguar sua “perda do sentido original”, e exteriorizar sua faceta teórica. Esse movimento permitirá o avançar do trabalho.

### 1.1.1 Neoconstitucionalismo(s) e a experiência brasileira: um levante contra o(s) positivismo(s)?

Embora o termo neoconstitucionalismo apresente ambiguidades, formulações diversas, características por vezes contraditórias, o certo é que, entre estas, existe um campo mais ou menos delimitado de caracteres compartilhados. Assim, para além de se adotar uma posição, cumpre, pelo rigor científico, se fazer uma abordagem de algumas dessas características. Pelas delimitações que o trabalho pretende abordar, torna-se desnecessário elencar todas as classificações dos autores espanhóis para o termo,<sup>33</sup> justamente porque, ao fim e ao cabo, de um ponto de vista hermenêutico suas contribuições desaguam sempre na mesma linha: o neoconstitucionalismo, de uma

---

<sup>33</sup> “Alguns importantes juristas procuram – seguindo uma antiga classificação de Norberto Bobbio para o positivismo – classificá-lo em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico. Penso, entretanto, que, exatamente pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática, essa classificação não assume relevância, pelo menos para os limites de minhas reflexões. Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo é ideológico, porque alça a Constituição a ‘elo conteudístico’ que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente: representa uma justificação político-ideológica); é teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios como resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); é também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a cooriginariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito).” (STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012). A classificação a que Lenio L. Streck se refere é feita por Paolo Comanducci, em: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

forma geral, faz frente ao paleojuspositivismo,<sup>34</sup> mas não opera uma desvinculação convincente do paradigma filosófico da consciência.

Isso significa que, de certa forma, o adjetivo *neoconstitucionalista*, empregado por alguns autores aos outros, mostra-se problemático,<sup>35</sup> pois nem tudo o que se escreveu contra o positivismo, ou melhor, nem tudo o que se erigiu no constitucionalismo emergente do segundo pós-guerra – ou seja, o Constitucionalismo Contemporâneo – foi efetivamente antipositivista. Novamente um retorno: isso vai depender do que se entende por positivismo.

Porém, nos auspícios de abordar o tema neoconstitucionalismo, precisa ficar apontado que esse termo *deixou de representar todas as posturas que entenderam e trabalharam as insuficiências do positivismo*, a partir do segundo pós-guerra, para

---

<sup>34</sup> “Nesse sentido, não assume relevância – nos limites dessas reflexões – a classificação que os neoconstitucionalistas espanhóis e italianos fazem em ‘neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico’. Isto porque, por qualquer viés que se olhe o fenômeno, fica claro que, no âmbito da questão teórico-interpretativa, o movimento neoconstitucionalista não apresenta uma contribuição significativa para a superação do protagonismo judicial presente naquelas posturas críticas do formalismo jurídico do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores). No limite, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação do positivismo primitivo. Na verdade, o neoconstitucionalismo, ao invés de representar uma solução para o problema da decisão, propicia um ainda maior protagonismo judicial.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-65).

<sup>35</sup> “Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessoalismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (*vide*, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores. Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós-Auschwitz’ ou ‘pós-bélico’, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Assim, reconheço, já na introdução da nova edição de *Verdade e Consenso*, que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição.” (STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012).

aglutinar apenas algumas dessas posturas. Assim, adentra-se nos entornos do termo, para averiguar como a insuficiência representativa surge.

Os estudos de Lenio L. Streck revelam que as características partilhadas pela maioria dos neoconstitucionalistas são em número de onze<sup>36</sup>. Adiantando algumas conclusões, se verá que alguns apontamentos são anti-hermenêuticos, algo que será abordado alhures. Veja-se, em resumo, quais são:

(1) Pragmatismo – O pragmatismo jurídico, muito similar ao realismo jurídico (ou axiologismo), diz das considerações práticas do mundo dos fatos. Em verdade, diz-se, aqui, das considerações exógenas ao direito, como as percepções políticas, econômicas, internacionais, que acabam por fazer o juiz decidir de forma diferente. Os textos positivados que costumam deixar parcela da aplicabilidade na mão do juiz apostam no pragmatismo, de forma que cada caso vira único, primeiro e último, o que justifica qualquer aplicação da legislação. É como se o caso concreto, que é único, autorizasse o juiz a decidir de forma única, descomprometida com as decisões anteriores, sobre o tema. A quebra da corrente, do “DNA do direito”, implica em um “grau zero de sentido”, passível de ser preenchido *ad hoc* pelos aplicadores do direito.

Então, o pragmatismo se revela como um problema hermenêutico, apenas para adiantar a temática, pois demonstra um problema aplicativo do direito. Isso porque as condições da colocação da facticidade dentro do jurídico precisam de uma teoria adequada. A aposta no protagonismo judicial não garante uma defesa contra as adoções de “grau zero de sentido”. Ou seja, acolher a facticidade, de uma forma qualquer, não afasta os problemas de alijamento do cotidiano, o que é típico do positivismo. O decorrer do trabalho, em especial o terceiro capítulo e as conclusões, demonstrarão esse apontamento;

(2) Eclétismo (ou sincretismo) metodológico – Alguns autores têm apontado o neoconstitucionalismo como o *locus* de mixagens teóricas difícil, senão impossível, pareamento. A hermenêutica filosófica não pode ser conjugada com a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, pois este aposta na ponderação como fundamento da decisão, e aquela, na pré-compreensão como possibilidade e limitação da compreensão. Ou seja, enquanto uma fica atrelada ao esquema sujeito-objeto,

---

<sup>36</sup> Os (onze) apontamentos aqui realizados baseiam-se em: STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

próprio da Filosofia da Consciência, que ainda acredita no sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), a outra abraça o paradigma da Filosofia da Linguagem.

De certa forma, cumpre esclarecer que mixagens metodológicas não podem esconder os avanços filosóficos. Em outros termos, é preciso compreender que a adoção de uma postura filosófica apresenta consequências e que não se pode simplesmente *conjug*ar o *inconjugável* por pretensões solistas. As leituras de Habermas e Gadamer mostrar-se-ão diferenciadas e, desde já, deixa-se claro que o presente trabalho não pretende mesclá-las;

(3) Princípioalismo – Este é o duto para a inserção dos valores para dentro do direito. A adoção dos princípios como “mandados de otimização” ou “pautas axiológicas” assume a função de transportadores para se inserir valores no seio da Constituição. Esta talvez seja uma das principais características do neoconstitucionalismo, embora encontrar autores dispostos a enfrentar o problema *do que se entende por princípio* seja, de certa forma, algo raro. O trabalho de Rafael Thomaz de Oliveira, neste sentido, é sem precedentes. Ao abordar o tema, propõe um estudo profundo acerca do que efetivamente é princípio, para concluir que, com Dworkin, na linha da hermenêutica filosófica, o princípio não representa uma “abertura” ao sujeito solipsista, nem um “colmatar de lacunas” no ordenamento, mas sim um *fechamento hermenêutico*, capaz de buscar na coerência e na integridade do próprio direito suas características<sup>37</sup>. Assim, com apoio em teorias argumentativas do direito, tem-se utilizado a diferença entre regra e princípio para instrumentalizar o neoconstitucionalismo, em que a regra tenha uma natureza definida, e o princípio, uma natureza *a definir*. A pergunta que não fica respondida por tais alegações perpassa justamente o ponto acerca de quem definirá o que será o princípio. Nessa imbricação, a falta de resposta é a própria resposta: deixando-se em aberto (daí a “abertura” ao intérprete) os conteúdos dos princípios, eles automaticamente assumem o conteúdo-que-se-fizer-necessário, sempre de forma *ad hoc*.

---

<sup>37</sup> Embora o tema volte a surgir, após certas considerações, indica-se desde já o trabalho completo de Rafael Thomaz de Oliveira: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Isso gerou dois problemas, a saber: (a) ou o panprincipiologismo<sup>38</sup>, entendido como a standartização interpretativa, colocado diante do direito mediante o levante dos princípios constitucionais, de cariz aberto, que admitem a otimização e os valores de forma inescrupulosa, e construída de forma pragmaticista, sempre *ad hoc*. É como se todos assumissem certos *locus* privilegiados de construção de sentido e, a partir dali, designassem o que entendem por correto. Sob tal enfoque, o princípio é tudo (o que for necessário); (b) ou o “uso hipossuficiente do conceito de princípio”,<sup>39</sup> que

---

<sup>38</sup> Lenio L. Streck chama de “panprincipiologismo” esse quadro-inventivo que se tem desenhado na atualidade jurídica brasileira. Trata-se de percuciente apontamento para desvelar um evento pitoresco de *invenção de sentido*, em que o intérprete, senhor das significações, diz da essência do princípio conforme a situação se mostra. E como mecanismo inventivo, cria e desenha princípios conforme sua tese jurídica necessite. Este é o princípio *otimizador* (ou como chamam os adeptos das Teorias Argumentativas: mandados de otimização – *sic*), próprio para se ponderar o que se quiser, da forma como se preferir. Para aprofundamento, ver o ponto XXV, em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 531-532. E mais: “Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o interprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de “densa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia que se êe um novo *status* ao velho *non liquet*. Isso, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo□vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*) que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido “constitucionalizados” – são incompatíveis com a Constituição.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 538-539).

<sup>39</sup> Devidamente explicitado por Lenio L. Streck no texto *Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência*, referindo-se ao voto do Ministro Luiz Fux, no caso da “Lei da ficha limpa”, que chamou a presunção de inocência de regra e, ao cabo, constringendo mesmo o pai da ponderação, Robert Alexy, efetuou um cálculo ponderativo envolvendo a regra (eis o problema) da presunção da inocência e a soberania do povo, dada pelo próprio contexto. Se a aplicação das regras se resolve com o processo subsuntivo, e a aplicação dos princípios com a ponderação, percebe-se que, desde já, o Ministro do STF equiparou regra a princípio, negou a especificação conceitual atingida pelo neoconstitucionalismo e, não satisfeito, considerou um dos mais caros e preciosos princípios do direito do homem como mera regra, sendo que votou pelo seu afastamento. Assim se manifesta o autor: “No julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF parece ter inaugurado uma forma nova desse fenômeno se manifestar. Com efeito, ao lado do uso inflacionado do conceito de princípio (por exemplo, o panprincipiologismo é, corretamente, denunciado pelo ministro Tóffoli em vários votos, inclusive fazendo alusão ao meu *Verdade e Consenso*, *op. cit.*), o voto que até o momento foi apresentado nesses julgamentos (Lei da ‘Ficha Limpa’) produz uma espécie de retração que, mais do que representar uma contenção ao panprincipiologismo, manifesta-se como um subproduto deste mesmo fenômeno. Trata-se de uma espécie de ‘uso hipossuficiente’ do conceito de princípio. Já não se sabe o que é mais grave: o panprincipiologismo ou a hipossuficiência principiológica. O que seria esse ‘uso hipossuficiente do conceito de princípio’? Explico: ao invés de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, efetivamente, um princípio,

pode ser compreendido como a negativa da normatividade de um *a priori* coletivamente sublimado, retirando de determinada sociedade de direito suas conquistas sociopolíticas incrustadas em textos constitucionais, maximizando o argumento de autoridade e expondo, sem escrúpulos, a vontade do poder (a *Wille zur Macht*, de Friedrich Nietzsche). Neste ponto, porém, princípio nada representa.

(4) Garantismo – No bojo do neoconstitucionalismo existe uma pressuposição imanente de que os direitos e garantias fundamentais devem contar com instituições estatalizadas de efetiva tutela. Se o Estado Democrático de Direito está assentado na programação pública da democracia, também está na realização dos direitos e garantias constitucionais. Isso significa, também, que o Estado deixa de ser um inimigo, contra quem os direitos fundamentais devem ser exercidos, assumindo sim um papel de implementador dos direitos e garantias, a partir de uma jurisdição que, inexoravelmente, será constitucional. Se a democracia passa a ser a garantia maior, a Constituição reconfigura-se no local onde acontecem tais pleitos<sup>40</sup>;

---

verdadeiramente um princípio, anunciando-o como uma regra. Aliás, nega-se a qualidade de princípio àquilo que está nominado como princípio pela Constituição...! O que ocorreu, afinal? O julgamento em tela trata da adequação da Lei Complementar 115/2010 (chamada lei da 'Ficha Limpa') à Constituição. Neste momento, não me preocupa tanto o mérito da ação, mas aquilo que é feito com a Teoria do Direito. Qual é a serventia da Teoria do Direito? Não se trata de uma questão cosmética. Pelo contrário, é da Teoria do Direito que se retiram as condições para construir bons argumentos e fundamentar adequadamente as decisões. Quero dizer: tem-se a discutir o que foi feito da Teoria do Direito dos últimos 50 anos, a tanto ocupar a questão do conceito de princípio e que, agora, no voto do ministro Fux, parece não ter muita serventia. [...] A afirmação de que a presunção de inocência seria uma regra (*sic*) e não um princípio é tão temerária que uniria dois autores completamente antagônicos, como são Robert Alexy e Ronald Dworkin, na mesma trincheira de combate. Ou seja, ambos se uniriam para destruir tal afirmação. Isso porque a grande novidade das teorias contemporâneas sobre os princípios jurídicos foi demonstrar que, mais do que simples fatores de colmatação das lacunas (como ocorria nas posturas metodológicas derivadas do privatismo novecentista), eles são, hoje, normas jurídicas vinculantes, presentes em todo momento no contexto de uma comunidade política. Tanto para Dworkin quanto para Alexy – que, certamente, são os autores que mais representativamente se debruçaram sobre o problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre a regra (que, evidentemente, também é norma) e os princípios. Só para lembrar: cada um dos autores (Dworkin e Alexy) construirá sua posição sob pressupostos metodológicos diferentes que os levarão, no mais das vezes, a identificar pontos distintos para realizar essa diferenciação. No caso de Alexy, sua distinção será estrutural, de natureza semântica; ao passo que Dworkin realiza uma distinção de natureza mais fenomenológica.” (STRECK, Lenio Luiz. **Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência**. Consultor Jurídico, publicado em 17 nov. 2011. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio> >. Acesso em: 19 nov. 2011).

<sup>40</sup> Merece referência, neste trecho, a obra, de forma ampla, do autor Luigi Ferrajoli. Quando do lançamento do seu **Direito e Razão**, onde descreveu uma teoria do garantismo penal, não se vislumbrava a grandiosidade do implemento que, hoje, com o **Democracia y garantismo**, chega ao ápice: o garantismo assumiu-se como uma teoria do direito. Nas palavras do próprio autor: “Si todo esto es cierto, el constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de nuestro siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas

(5) Judicialismo ético-jurídico, ou moralização do direito – Com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, houve uma crítica ferrenha contra o juiz boca-da-lei. Aplicar a letra da lei significava, assim, um apelo ao desumano. O direito tinha que sair diferente depois do segundo pós-guerra. Impessoal, a lei não garantia a aplicação correta da norma, o que gerava situações de imoralidade, e sua legitimidade decaiu. O neoconstitucionalismo, neste aspecto, salva a moral, desprezada desde Kelsen, para que esta faça parte das instituições jurídicas. As mesclas que se fizeram aparecer foram de diversos carizes. O questionamento por uma moral que fosse coligada ao direito adotou caminhos diversos, gerando um problema de moralização do direito. A moral acompanhou os anseios sociais, que se mudaram para dentro do direito.

Daí a importante diferença entre deslocamento de tensão em direção ao Poder Judiciário<sup>41</sup> e protagonismo judicial.<sup>42</sup> O primeiro é contingencial, irreversível, especialmente em países de modernidade tardia, que não viveram um Estado Social propriamente dito. O segundo é pernicioso, pois vai contra a construção de uma teoria

---

de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser expandido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todo los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 35). Insta referir que o citado autor tem, recentemente, afastado-se da corrente neoconstitucionalista, justamente por partilhar postulados hermenêuticos, notadamente apontando os problemas do decisionismo e retorno do jusnaturalismo, que exsurgiram dos neoconstitucionalismos. Assim, se pode dizer, com alguma segurança, que o Garantismo Constitucional não é mais neoconstitucionalista.

<sup>41</sup> Trata-se de questão própria de contextos de desigualdade social, como afirma o Prof. Lenio Luiz Streck. Significa dizer que os países de modernidade tardia inexoravelmente conduzem seus anseios não adimplidos perante os Tribunais, que passam a operar como baluartes últimos dos direitos e garantias fundamentais previstos no catálogo constitucional, mas ainda sem repercussão fática. Para aprofundamento, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial o capítulo 1.

<sup>42</sup> A noção que se expõe, neste momento, diz daquela trabalhada por Francisco José Borges Motta, que bem denuncia o que seria o protagonismo judicial. Naquele contexto, protagonismo judicial pode ser lido como “protagonismo processual do juiz”, ou seja, por trabalhar com questões vivas do direito processual, Francisco Motta está preocupado em demonstrar que o juiz não pode ser um “solista” no processo. Não pode, a partir de seu ponto de vista moral, conduzir o processo com base no que entende *justo*, em termos de procedimento, e sempre que entender de forma contrária, alterar tais pontos de vista. O juiz tem um dever: “O trabalho do juiz é um ‘trabalho de equipe’ com os demais juízes do presente e com aqueles do passado. Mais do que isso, é um trabalho construído em conjunto com (e através d)os argumentos trazidos pelos participantes do processo particularmente considerado; não haverá jurisdição democrática sem que isso seja assegurado. Para tanto, não operará com regras prévias acabadas e nem com qualquer delas isoladamente: deverá ter uma visão do Direito (e, decorrentemente, da Constituição), como um todo coerente e íntegro. Nesta tarefa, a doutrina (e os precedentes, se forem adequadamente compreendidos, e vistos como corretos) o socorrerá.” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 41).

de direito atenta ao republicanismo, de uma democracia estável. Em sociedades plurais, o primeiro será fatal, o segundo, problemático.

De uma forma ou de outra, ambos os movimentos ingressaram na realidade judiciária brasileira, sendo que vieram justamente neste movimento constitucional característico do segundo pós-guerra. O Brasil, por conta do segundo movimento e do próximo apontamento, experimenta uma reprimatização da Jurisprudência dos Valores alemã, como se verá;

(6) Interpretativismo moral-constitucional – Esse apontamento tem muita conexão com o anterior, mas mereceu uma nota apartada por conta de sua importância ímpar: afirmar que a moral retornou de encontro ao direito não pode significar que veio corrigir normativamente a aplicação do direito. De certa forma bastante peculiar, em *terrae brasilis*, foi justamente isso que aconteceu.

A inserção da moral no contexto jurídico fez com que a interpretação da Constituição assumisse um caráter solipsista. Diversas teorias do direito e da interpretação procuraram, no interior do Constitucionalismo Contemporâneo, controlar a subjetividade que interpreta/aplica o direito. “Múltiplas teorias que pretendem justificar o conhecimento buscam ‘superar’ o sujeito do esquema sujeito-objeto, *eliminando-o ou substituindo-o* por estruturas comunicacionais, redes ou sistemas”<sup>43</sup>. Se no apontamento anterior a moral surgia como correção ético-social da aplicação do direito, neste ela assume a produção de sentidos da Constituição e passa a ditar conteúdos para quem interpreta a lei, em geral, quando em julgamento pela da Corte Excelsa. A partir de Dworkin e Gadamer, a CHD lançará luzes sobre a subjetividade a partir da tradição, do círculo hermenêutico e da integridade e coerência do direito;

O próximo ponto, pela importância, será analisado em subtítulo próprio, embora a linha condutora do presente trabalho permaneça no sentido de ilustrar as correntes jusfilosóficas germinadas no interior do Constitucionalismo Contemporâneo, para demonstrar onde surge a brecha discursiva. Assim, veja-se no que consiste o pós-positivismo.

### **1.1.2 Pós-positivismo e positivismo(s): um excursão**

---

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

(7) Pós-positivismo – Ao contrário do que se diz, esta característica não é o próprio neoconstitucionalismo<sup>44</sup>. É, porém, sua principal marca. Nesse sentido, o pós-positivismo é o avanço paradigmático para além das fronteiras do positivismo<sup>45</sup>. Mas qual positivismo?

Esta indagação, cuja referência já foi feita, passa a ser trabalhada. O que se entende por positivismo diz, de certa forma, *o que se pretende* em termos de teoria do direito. Isso porque os ataques ao positivismo, de uma forma generalista, perderam o sentido e passaram a um lugar comum que pouco acrescenta em termos de progresso científico. Tem-se que identificar adequadamente o alvo. Nesse ponto, abre-se pequeno excursão, a fim de clarear essas noções de positivismo, nem sempre bem colocadas.

Pode-se dizer que o positivismo originou-se de uma imbricação de circunstâncias que favoreceram seu aparecimento. Cientificamente, o final do século XVIII representou o declínio da certeza eclesiástica e, com ela, o Direito Natural<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Descrevendo características do neoconstitucionalismo, para conceituar o pós-positivismo, veja-se o exemplo de Luís Roberto Barroso: “O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27-28).

<sup>45</sup> “Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante um desplazamiento de la agenda de problemas que interesan y, em algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eram sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo [...]. El post positivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. [...] Ahora bien, el post positivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **Revista Eletrônica Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 21, v. I (1998), p. 209-220. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf)>. Acesso em: 1.º maio 2011).

<sup>46</sup> Embora Lenio L. Streck retorne muito mais no tempo para explicar o nascimento do exegetismo, mais precisamente no *Corpus Juris Civilis*, ancestral do movimento codificador, o caminho aqui

Nos primórdios do século XIX, August Comte palestrava pela Europa, entusiasmado com a *ciência positiva*. Segundo ele, a nova era aberta pelo positivismo colocaria por terra os argumentos teológicos e metafísicos, tudo em nome da certeza comprovável por meio da ciência indutiva, forte o suficiente para unir uma Europa assolada pelas revoluções e ruínas da firmeza religiosa. O dogmatismo sacro precisava, pois, de substituição. O positivismo era o profano<sup>47</sup>.

Com efeito, o direito assimilou esse movimento. Por meio, principalmente, de John Austin (hoje se pode pensar), ludibriado pelo progresso alcançado pelas ciências exatas, o direito passou a ser compreendido como dependente de um método (no sentido cartesiano) para atingir a verdade. A pureza desse método residia justamente no objetivismo das análises fáticas, do estudo dos fenômenos, na indução conduzida pelos resultados dos testes empíricos e não da vontade do cientista/jurista.

Esse fenômeno sofreu muitas críticas. Ainda hoje se critica<sup>48</sup>. Uma delas foi de Karl Popper, filósofo epistemológico que atacou a pureza metodológica do positivismo, alegando que nenhum método poderia ser isento de valores.

Em vez de começar pela coleta de dados ou pelas observações, os cientistas têm em mente conjuntos de problemas para os quais formulam soluções especulativas. Para Popper, o verdadeiro teste da boa ciência consiste em saber se essas soluções são ou não estruturadas de modo que se mostrem abertas à crítica e permitam que a comunidade científica tenha acesso às ideias e aos dados experimentais a fim de poder testá-los – e não que sejam afirmações dogmáticas da “verdade” – com base na observação e na coleta de dados.<sup>49</sup>

---

adotado, embora divergente, ao menos no início, acaba por ter o mesmo destino: separar exegestismo de normativismo, e estes dois do pós-positivismo. Perceba-se que só nestas linhas foram citados três termos distintos, o que comprova a necessidade deste pequeno excursus.

<sup>47</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 269-270.

<sup>48</sup> De há muito as críticas dirigidas à Hermenêutica Filosófica e à Nova Crítica do Direito são embasadas num ponto específico: a aplicação da lei, tal qual escrita, é uma ação propriamente positivista. Como se fosse possível furta-se da interpretação, e fosse pós-positivista desconsiderar a lei. Isso motivou Lenio L. Streck a escrever um artigo que merece especial atenção: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In: Revista Novos Estudos Jurídicos*, NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, Itajaí, jan./abr. 2010. Trata-se de percuciente estudo desenhado para ilustrar como aplicar a lei nada tem a ver com o positivismo. Aduzir isso é ignorar justamente o fato que une todos os positivismos: a aposta inegável e inconsequente na discricionariedade do intérprete/aplicador do direito. O positivismo exegético não enfrentou isso, nem o normativista-kelseniano, nem Hart (HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009) nem Ross (BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

<sup>49</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 271.

Nessas *soluções especulativas*, se esconderia a subjetividade que testa o que quer, finalizando a pureza pretendida pelo positivismo científico. Mas isso era na Inglaterra. Na França e na Alemanha, o positivismo surgiu com base na atividade dos glosadores. A própria herança romano-canônica fez que esses direitos conhecessem os institutos sempre a partir do que diziam os “entendidos”, uma espécie de “argumento de autoridade”, notadamente dogmático.

Com o advento da Revolução Francesa e o surgimento do Código Napoleônico, a França abandonou o estudo romano dos glosadores e partiu para uma compreensão contextualizada de seus textos. Perceba-se que o *codex* eliminava o dogmatismo da glosa (mas não abandonara o dogmatismo em si), do argumento de autoridade que preenchia o ordenamento por conta de interpretações das iluminuras romanas.

Paralelamente, a Alemanha, que também estava imersa nos estudos como o de Georg Puchta, as *Pandektas*, conheceu, nas mãos de Bernhard Windscheid, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, conhecido por BGB (o Código Civil alemão). No mesmo trilho francês, a Alemanha substituiu o dogmatismo da glosa pelo dogmatismo do código, mas o dogmatismo ainda resistia.

O avanço dos estudos evidenciou que os códigos não abarcavam todas as situações da vida, algo temerário aos juristas, pois colocava em evidência a própria sistemática da organização do direito codificado. Para lidar com tal problema, surgiu na França a Escola da Exegese e, na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos, propostas metodológicas que, denunciando a insuficiência da codificação, começam a reivindicar novos critérios “científicos” para análise do direito.

Assim surge o *Positivismo Exegético* ou Positivismo Primevo, ou ainda, Primitivo. Lenio L. Streck aduz que a principal característica desses tipos de positivismo está na crença de que as resoluções dos problemas interpretativos se dariam mediante análises sintáticas<sup>50</sup>. Acreditava-se que todos os problemas na ordem da aplicação seriam resolvidos com um estudo acerca do texto do código, devidamente contextualizado (justamente onde os glosadores falhavam). A resolução acreditava na completude do sistema, apoiando o rigor interpretativo na (mera) decodificação do sinal gráfico apostado no *codex* – a sintaxe, pois.

---

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

Com os avanços, no início do século XX, do poder do Estado, o crescimento dos sentimentos nacionalistas, os movimentos ultranacionais, o sistema interpretativo deu uma guinada importante. Verificou-se, de forma geral, a ampliação da Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre (Alemanha e França, respectivamente), o que favoreceu “o aparecimento de argumentos de psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito.”<sup>51</sup>

Contra esse movimento, ergueu-se Hans Kelsen. Com ele, inaugurou-se o que se convencionou chamar de *Positivismo Normativista*. Envidado em combater o psicologismo, o ideologismo e a politização plena do direito, Kelsen desenhou uma teoria “pura” do direito (*Reine Rechtslehre*), que visava livrar-se das mordanças do movimento instrumentalizador do sistema jurídico. Dessa vez, com Lenio L. Streck, a ênfase migra da sintaxe para a semântica<sup>52</sup>: as possibilidades interpretativas de um texto, que configuram a norma aplicanda, desenhavam o que Kelsen chamou de “moldura da norma”: um espaço cuja liberdade do intérprete se faz plena, já que o limite semântico resta(ria) observado.

Pois dessa perene forma, já quase no fim de sua *Meisterwerk*, Hans Kelsen se entrega ao problema interpretativo<sup>53</sup>, crendo em uma moral relativista, sem saber como lidar com a razão prática do sujeito cognoscente (afinal de contas, como apontado por Lenio L. Streck, com Manfredo A. de Oliveira, a pragmática – terceiro vetor da linguagem, ao lado da sintaxe e da semântica – era empírica, assim, estava

---

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

<sup>52</sup> Manfredo Araújo de Oliveira ensina que os neopositivistas (no sentido filosófico do termo, inclusive Rudolf Carnap) demonstraram que a linguagem que mantém exclusiva atenção aos limites sintáticos dos textos não produz comunicação fiel. Produz emanação de sentido e percepção de sentido, mas pode produzir irrealidades. Só com o reparo da semântica que se pode dizer algo sobre algo com segurança: “A primeira tentativa de Carnap de desenvolver uma teoria semântica fundamenta-se na concepção de que a significação de uma expressão linguística é o objeto, a qualidade, o acontecimento, etc. a que ela se refere quando se trata de formulações linguísticas inferiores à frase e, quando se trata de uma frase, as condições sob as quais ela é verdadeira. Uma semântica se apresenta quando as *regras de designação*, que especificam as coisas às quais as expressões linguísticas se relacionam e as *regras de verdade* que explicitam as condições da verdade.” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 83-84).

<sup>53</sup> “De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário. Mas, procedente assim, passando da norma geral à decisão judiciária, que constitui uma norma particular, age como o administrador público encarregado de uma função, que ele exerce da melhor forma, levando em conta considerações oportunas.” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. Revisão de tradução de Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004. p. 93).

excluída da filosofia da linguagem<sup>54</sup>). Em seu Capítulo VIII, onde tratou a interpretação, aduz o jusfilósofo de Viena:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes, como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.<sup>55</sup>

Dessa forma, aplicar a lei, de forma pura, seja lá o que isto represente, nada tem a ver com Kelsen. Quer-se demonstrar, com isto, que o jusfilósofo de Viena, em nenhum momento de sua obra, exige ou determina a aplicação da norma tal qual sua literalidade, ou seja, Kelsen não confundia texto e norma, como fez o exegetismo. Nesse sentido, aplicar a lei não tem a ver com o positivismo jurídico. Logo, criticar o positivismo não refere, *incontinenti*, a aplicação da lei ou não. Não é isso que tem que ser levado em conta quando se configura ou se critica uma postura positivista. O que hoje se verifica, em termos de ataque ao positivismo (cujos adjetivos são variados, não raro usados sem critérios científicos), é fruto de uma plêiade de entendimentos acerca do que é o positivismo.

Se não se pode cercar algo, e ali delimitar como *o positivismo*, então algumas características podem ser erigidas, sob pena de se perder o raciocínio conector. Nesse sentido, o positivismo jurídico é: (a) o alijamento da esfera do prático, que desnuda a cisão apontada por Castanheira Neves entre “questão de direito” e “questão de fato”,

---

<sup>54</sup> STRECK, *op. cit.*, 34. A pragmática, cuja entrada na filosofia corresponde ao *momentum da linguistic turn*, só encontrou o direito a partir do neoconstitucionalismo. Para tanto, ver: DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 208.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 393.

“teoria” e “prática”, ou “validade” e “legitimidade”<sup>56</sup>; (b) ou a negação completa da moral como parte da vida (positivismo normativista de Kelsen) ou sua plena aceitação como instância reguladora da aplicação do direito (moral que corrige o direito – teorias argumentativas)<sup>57</sup>; (c) a consideração dos princípios, ou como Princípios Gerais do Direito, ou seja, meros (e últimos) mecanismos de resolução de lacunas (alheio, portanto, ao avanço trazido pelo neoconstitucionalismo)<sup>58</sup>, ou na forma de um panprincipiologismo, ou ainda, instrumento de criação de *standarts* (ou padrões) interpretativos, bem como de inserção de valores na ordem jurídica a partir de um comportamento solipsista e antiético; e a mais importante marca da chaga positivista; (d) a aposta na discricionariedade do intérprete que, por não saber lidar com a cisão aristotélica de razão prática *versus* razão teórica, entrega-se à exclusividade da razão teórica e alija a razão prática (que no positivismo se chama discricionariedade) para fora das preocupações jurídico-epistemológicas.

Então, no que consiste o pós-positivismo? Eis a postura que trata da problemática da colocação da razão prática dentro do direito, mais especificamente, de como se interpreta e como se resolvem as ambiguidades do direito enquanto texto. Muitas soluções filosóficas surgiram para tal problema, cada uma oferecendo um trato diferente para a inserção e o desenvolvimento de uma pragmática no interior da teoria do direito. Sem pretender examinar todas, elencam-se algumas: Teoria da Argumentação de Robert Alexy;<sup>59</sup> Teoria Discursiva de Jürgen Habermas;<sup>60</sup> Estruturalismo de Friedrich Müller; e a *Crítica Hermenêutica do Direito*<sup>61</sup> (CHD, ou também denominada *Nova Crítica do Direito*), de Lenio L. Streck, que, assentada em

---

<sup>56</sup> Devidamente trabalhada por Lenio L. Streck no posfácio de: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 201.

<sup>57</sup> Como demonstrado no texto inaugural do Verdade e Consenso, 4.<sup>a</sup> edição. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31-35.

<sup>58</sup> Embora o papel dos princípios e a forma de tratamento que os mesmos recebem tenha importante papel na Nova Crítica do Direito, objeto do Capítulo 3, por ora adianta-se que o positivismo menosprezou a carga principiológica, ao vê-los como instrumentos de resolução de lacunas. Para tanto, ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, principalmente o Capítulo 1.

<sup>59</sup> Desenvolvida, principalmente, em: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

<sup>60</sup> Para esta, especificamente, dedicar-se-á o Capítulo 2 do presente trabalho.

<sup>61</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito será melhor analisada no Capítulo 3. É importante deixar claro, desde já, que o presente trabalho parte de explorações hermenêuticas realizadas no bojo do Núcleo de Estudos Hermenêuticos - *DASEIN*, capitaneado pelo Prof. Dr. Lenio L. Streck.

Heidegger e Gadamer, faz percuciente par com a Teoria Integrativa de Dworkin para, ao cabo, suscitar importantes problemas e oferecer soluções.

De forma específica, fica claro que nem todas as teorias supostamente pós-positivistas superarão o positivismo. Nem todas atacarão de frente as questões apontadas linhas acima, como caracteres próprios de um conceito aproximadamente regular de positivismo. Também é importante citar que algumas expressamente adotarão postulados positivistas, como a discricionariedade. Outras manterão tal questão silente. Por ora e com o escopo do trabalho em vista, cumpre esclarecer o que se quer dizer com positivismo, pós-positivismo e neoconstitucionalismo, e, ainda, como isso tudo ocorre dentro do panorama do Constitucionalismo Contemporâneo.

Por encerrar o excuro acerca da natureza do positivismo e o que se pode compreender como um pós-positivismo, retorna-se ao trabalho de elencar as características do Neoconstitucionalismo.

### **1.1.3 Novamente o Neoconstitucionalismo: falibilidades de um paradigma**

Proseguindo as características antes elencadas, segue-se o rol ainda não finalizado, já que o ponto anterior referiu-se apenas ao excuro relativo aos conceitos de positivismo e ao que pode ser entendido como pós-positivismo.

(8) Juízo de ponderação – É compreendido, aqui, como sistemática de aplicação da moral corretiva do direito, e, em uma importação indevida-equivocada do edifício teórico de Robert Alexy, propala-se no judiciário brasileiro sua principal “contribuição”: a ponderação dos valores. É preciso, neste momento, compreender, de forma generalista, que as teorias argumentativas, seja calcadas em Alexy, seja baseadas em Perelman, sempre escorregam na subjetividade, na discricionariedade<sup>62</sup>. Isso porque compreendem a verdade como um fundamento atingível somente pela persuasão.

A ponderação é uma persuasão. Em verdade, Alexy desenhou, de certa forma, sua teoria argumentativa na linha de uma teorização da Jurisprudência dos Valores

---

<sup>62</sup> “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma refinada que inclua impasses estruturais – ou seja – impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para o sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário” (ALEXY, Robert. **Teorias dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 611).

alemã. Tanto que Jürgen Habermas também a critica, como se verá. Disso extrai-se: um juiz livre para dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa* é algo írrito, antidemocrático.

Esse específico ponto de vista, no atual estado d'arte, revela que todo o ocidente tem (ou melhor: deveria ter) percebido o imbróglio da discricionariedade judicial como o maior problema da jurisdição, e, aqui, tal discurso permeia ambientes estritamente acadêmicos<sup>63</sup>. O cotidiano forense, de forma geral, é onde o *habitus* de decidir conforme a consciência fixou-se.

Diz-se que um dos fatores que facilitou a ocorrência do holocausto pertencia ao ato de aplicar a lei, sem filtros morais. Foi Phillip Heck quem construiu uma explanação racional-científica para a Jurisprudência dos Valores alemã, justificando uma atuação do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsrecht*) que, quando em julgamento, utilizaria valores “escondidos por sobre” as normas positivadas no ordenamento. Foi seguido por Alexy, que enfeixou a interpretação e a aplicação com a ponderação de valores, de cunho moral.

Assim, quem “des-cobre” os valores, o faz retirando a norma do caminho, colocando o conteúdo legislado de lado, fazendo surgir o justo, o correto, o moral. Esse é o *positivismo fático*<sup>64</sup>, ou positivismo do caso concreto, que faz, a partir de

---

<sup>63</sup> Como exemplo, veja-se Rosemiro P. Leal: “[...] atualmente, com as conquistas histórico-teóricas de direitos fundamentais incorporadas ao processo, como instrumentalizador e legitimador da Jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual legitimando-o ao processo. Portanto, não há para o órgão judicial qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, se quebraria a garantia de simétrica paridade do processo” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 28). Discorre ainda Cattoni de Oliveira sobre a Jurisprudência dos Valores: “(...) não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar, de uma perspectiva legislativa e não jurisdicional, as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus 11 Ministros consideram ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuição para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007. p. 120-121). Por todos, um dos parágrafos conclusivos do livro desenhado para atacar tal temática amiúde: “Na verdade, está-se diante de um sincretismo *ad hoc*: quando interessa ao *establishment* dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’ decorrente dessa ‘livre convicção’. ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e suas decorrências, como o panprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc.), *apela-se ao mito do dado*... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109).

<sup>64</sup> “Isto quer dizer que haverá ‘casos difíceis’ que não serão solucionáveis pelas normas jurídicas existentes; daí o recurso à discricionariedade, poder ‘delegado’ aos juízes (é neste ponto que o

cada caso, uma aplicação de um valor constitucional diverso (o sentido da norma se dará no ato decisório), sempre dizendo o que quer, de forma velada, sobre aquilo que quer.

Foi assim que o Brasil, sob esse ponto de vista específico, desacreditou o projeto dirigente de sua própria Constituição: ao invés de concretizar direitos fundamentais, o Poder Judiciário passou a criar sentidos para os conteúdos constitucionais, como se fosse possível *criar sentidos* a partir do que se chamou de *grau zero*. A moral assumiu a interpretação, e Alexy fixou suas bases em *terrae brasilis*. Dessa forma específica, a Constituição Federal perdeu sua força normativa<sup>65</sup>;

(9) Especificidade interpretativa – Alguns autores defendem que o neoconstitucionalismo exige padrões diferenciados para a interpretação da (agora rematerializada) conteudística da Constituição. Isso dependerá do que se entende por interpretação. Se se pensar a interpretação como método, ou técnica, no sentido clássico do termo hermenêutica (*ars interpretandi*), então esses autores terão razão. Mas, com o acender das luzes a partir da hermenêutica filosófica, fica sempre claro, desde já, que interpretação é explicitação do compreendido e, ao mesmo tempo, aplicação (*applicatio*, algo que será abordado, no Capítulo 3, amiúde).

A interpretação no interior da viragem linguístico-ontológica não pode ser compreendida como método; não pertence ao mundo metafísico, não acredita em dualidades como sujeito cognoscente e objeto interpretado. As interpretações entendidas como método sempre assumem posturas objetivantes, sendo que, neste sentido, a Constituição realmente demanda uma nova visão, mas depende do que se fará com essa tal *nova visão*, pois a manutenção dos esquemas antigos, ou sua troca

---

positivismo se liga umbilicalmente ao sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger* – da modernidade). Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o ‘ovo da serpente do positivismo contemporâneo’ (portanto, pós-exegético), ainda que realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen ‘desiste’ de enfrentar o problema dos ‘casos difíceis’ (embora deles não fale, na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um ‘ato de vontade’ (daí se falar do ‘decisionismo kelseniano’). Já Hart confia plenamente nos juízes para a resolução dos casos difíceis, desde que tal ‘escolha’ se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para a decisão judicial, Ross confirma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas, em todos eles, está presente a indissociabilidade entre ‘discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto’” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63).

<sup>65</sup> Veja-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade” e de tantos outros percalços que a Constituição (notadamente) dirigente enfrenta, no Brasil, em: STRECK, Lenio Luiz. *Constituição e Hermenêutica em países periféricos*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 197-218.

de roupagem não cumprirá o desiderato do neoconstitucionalismo, enquanto pensado em termos de levante contra o positivismo;

(10) Ampliação do conteúdo da *Grundnorm* - O neoconstitucionalismo trouxe consigo uma reanimação das postulações kelsenianas de norma fundamental como fundamento último de validade de todo o ordenamento (*Grundnorm*). Isso reativa diversos questionamentos já clareados, mas que sempre podem ser confundidos. Assim, a busca de um fundamento último de validade comprova o atrelamento desta noção específica do neoconstitucionalismo com o dogmaticismo próprio da metafísica. As críticas erigidas por Martin Heidegger exporão as vicissitudes de uma sistemática que se engana, investiga o nada, e a partir dele trabalha como se produzisse ciência, no caso, jurídica.

Isso desautoriza, notadamente, desde sempre, que a moral ingresse no direito *a posteriori*, num nível de discurso corretivo, pois estar-se-ia institucionalizando o solipsismo, algo abominável na filosofia desde o início do século passado (se considerada a crítica de Martin Heidegger, já que Hans-Georg Gadamer adentra neste universo em meados do século passado, com *Verdade e Método*<sup>66</sup>). Mas, como o direito tem levantado muros de contenção contra as invasões filosóficas, sua autonomia tem sido deixada de lado, sua instrumentalização tem adquirido contornos de regra e não de exceção;

e (11) O conceito não-positivista de direito – O neoconstitucionalismo coloca na agenda do direito uma inspiração negativista, no sentido de que é possível dizer algo sobre o conceito de direito para fora do mundo dos códigos. A lei, a norma, o princípio, a jurisprudência, o caso concreto serão elementos constitutivos do direito, mas nenhum deles será, de forma isolada, o direito. A lição, como pauta, será a insurgência de um paradigma que não aceita mais a separação da teoria e da prática.

A explicitação dos conteúdos do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo e do positivismo permitem uma localização da problemática teórica dentro do paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo. Essa localização, espacial e historicamente, permite, de uma forma geral, chegar às duas propostas que o trabalho pretende abordar, a saber: a teoria discursiva habermasiana e a Crítica Hermenêutica do Direito – CHD, de Lenio L. Streck.

---

<sup>66</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, v. I e II.

Nesse sentido, torna-se necessário enfrentar o problema da interpretação, recordar o jurista de que o direito é questão de caso concreto, mas não de forma que isso conceda ao juiz poderes infinitos, quando posto diante de um caso não abarcado pela lei, ou seja, “é preciso superar o esquema direito-enquanto-sistema-de-regras”<sup>67</sup>.

Exposta uma breve faceta da natureza do Constitucionalismo Contemporâneo, pode-se afirmar que foi feita, de certa forma, uma base minimamente segura acerca da forma como as teorias se desenvolveram dentro deste constitucionalismo emergente. A experiência brasileira, assim, pode ser estudada como parte deste jogo contemporâneo, que se encontra em desenvolvimento.

#### 1.1.4 Uma breve exposição da realidade teórico-jurídica brasileira: aportes críticos

No Brasil, a dimensão hermenêutica do direito, ao menos dentro do enfoque delimitado pelas seções anteriores, exhibe uma série de questões problemáticas. Como ponto de partida, verifica-se, na esteira dos estudos do Prof. Lenio Luiz Streck, um problema de concretização de direitos fundamentais de segunda geração<sup>68</sup> (em alguns casos, de primeira geração<sup>69</sup>). A não incorporação de um efetivo Estado Social

---

<sup>67</sup> “Mas há um algo a mais na tese hermenêutico-gadameriana: essa pré-compreensão está eivada de faticidade, do modo prático de ser no mundo que Heidegger havia percebido para superar a metafísica moderna. Também Dworkin que, ao se contrapor ao positivismo discricionarista, assenta sua tese na interidade do direito e na moralidade institucional, que se aproxima sobremodo da *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein* gadameriana. A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart)” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-62).

<sup>68</sup> “Uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inevitavelmente acarretará uma ‘baixa aplicação’, com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social” (*Ibid.*, p. 432).

<sup>69</sup> Daí por que Lenio L. Streck deixa claro que *o Direito Penal é a esfera jurídica menos constitucionalizada*, hodiernamente, quando rechaça que: “Nesta quadra da história, algumas teses tornaram-se lugar-comum no campo jurídico, a partir da formação de uma espécie de unanimidade teórica em torno de assertivas como a de que *vivemos a era da concretização dos direitos constitucionais, a norma (somente) se realiza no “caso concreto”, todo o direito privado está “atravessado” pelo público (publicização do direito privado)*, além da cotidiana ode aos princípios e à jurisdição constitucional. Isso deveria ser alvissareiro, não fosse a visível crise que decorre da distância

acarretou a não prestação plena dos direitos e garantias fundamentais incrustados na Constituição Federal. Disso decorre, de certa forma, a falta de eficácia setorial do texto constitucional, colocando entraves no projeto dirigente do Direito Constitucional,<sup>70</sup> além de forçar o Poder Judiciário a centralizar parcela das *prestações sociais*, abrindo espaços para protagonismos, decisionismos e discricionariedades, para ficar nestes.

No mesmo sentido ainda, verifica-se uma parcela da produção acadêmico-doutrinária com cariz próprio de manual jurídico. Trata-se de uma tentativa de simplificação da complexidade do direito, que acaba, de forma peculiar, chancelando posicionamentos dos tribunais (caudatária de um realismo jurídico<sup>71</sup>). A produção bibliográfica de *manuais* desenha um direito lexicográfico. Esse enfoque analisa a questão, compreendendo o direito quase como um dicionário. Faz transparecer uma imagem de ciência natural, empirista, que reconduz o conhecimento por meio da conceitualização. Dessa forma, comporta-se como um (neo)nominalismo. Não incorpora plenamente a latente filosofia que se verifica na reflexividade jurídica, além de não atentar para o (des)compromisso doutrinário de avançar nesta *novela*, feita em capítulos necessariamente interligados (*chain novel*).

Dada a judicialização da política, especialmente dos anseios sociais não cumpridos plenamente, ocorre um trancamento judicial das pretensões, distribuídas por todas as comarcas do país. Uma das razões, com efeito, deve-se ao processo de cariz liberal-individualista que, sob tais luzes, ainda crê na *livre convicção* do

---

entre, de um lado, os direitos proclamados por esse novo paradigma constitucional e, de outro, as demandas decorrentes de uma sociedade carente de atendimento dos mais básicos direitos fundamentais sociais, assim como, até mesmo, dos próprios direitos de primeira dimensão (basta verificar como são tratados os pobres no plano da justiça criminal)” (*Ibid.*, 417). Para aprofundamento da análise sobre a substancial inconstitucionalidade das abordagens penais atuais, ver: STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Orgs.) **20 Anos de constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 91-116.

<sup>70</sup> Mais do que nunca atual e necessário, segundo texto de Nelson Camatta Moreira: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

<sup>71</sup> Para Noberto Bobbio, em seu *Teoria Geral do Direito*, o realismo jurídico caracteriza-se: “mais [pela] eficácia que a justiça ou a validade. Esses movimentos travam uma batalha em duas frentes: contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção *ideal* do direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção *formal* do direito. Em antítese ao primeiro, essas correntes podem ser chamadas de *realistas*; em antítese ao segundo, *conteudistas*, no sentido de que não vêem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e tampouco vêem o direito como conjunto de normas válidas, mas como normas que são efetivamente aplicadas numa determinada sociedade” (BOBBIO, Noberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-43).

magistrado como panaceia do *meritum causae*. Ou seja, um modelo processual instrumentalista com um déficit de eficácia (provável herança da jurisdição declaratória da *ordo privatorum iudiciorum*, de cognição exauriente<sup>72</sup>), seja qualitativamente, seja quantitativamente.

Além do exposto, a contingência criada por um delimitador, o território brasileiro, já (desde sempre) problemático internamente, pois incapaz de – adequadamente – prover direitos e assegurar garantias fundamentais aos cidadãos, precisa-se lidar também com ingerências extrafronteiriças, vale dizer, internacionais<sup>73</sup>.

Diversos contextos desenhados externamente passam a interferir sobre o cotidiano social, as decisões de ordem política e as orientações jurisprudenciais. No âmbito da jurisdição, verifica-se a ocorrência do fenômeno da *fertilização recíproca*,<sup>74</sup> como se os juízos do mundo se conectassem e integrassem seus mecanismos decisórios, lançando mão de argumentos além-mar, mesmo sem vinculação pré-estabelecida, para a construção de um conhecimento jurídico eminentemente transnacionalizado. Desciindo citar as interações transnacionais da seara estatal administrativa, como os acordos diplomáticos e as assinaturas de tratados manejados pelo Direito Internacional Público, cujo expoente mostra-se na Comunidade Europeia.

No que tange à vida humana, em seu cotidiano, as alterações são amplamente estudadas na sociologia. A partir do advento das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação – NTICs, a sociedade passou a interagir globalmente. Para usar um termo de Manuel Castells, a organização passa a permitir/exigir uma *sociedade em rede*<sup>75</sup>, que admite/apresenta níveis profundos de interculturalidade<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Devidamente explorada por: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Capítulo V, especialmente.

<sup>73</sup> Por todos, ver as ingerências supraestatais na figura da soberania do Estado, e como isso coloca em crise sua existência e, principalmente, sua independência: CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Editora Saberes, 2010.

<sup>74</sup> Este é um termo de Mireille Delmas-Marty, tratado em: DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. p. 46-49. Tanto os “jogos de interpretação cruzada” como a “fertilização recíproca” dizem respeito ao que se pode chamar de “internormatividade de fato”, ou seja, essa influência que as diferentes ordens jurídicas nacionais têm realizado, umas sobre as outras, com o advento das tecnologias de informação e a globalização.

<sup>75</sup> Conceito que Castells assim entalha: “Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é um ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos. São mercados de bolsas de valores e suas centrais de serviços auxiliares avançados na rede dos fluxos financeiros globais. São conselhos nacionais de ministros e comissários europeus da rede política que governa a União Européia. São campos de coca e papoula, laboratórios clandestinos, pistas de aterrissagem secretas, gangues de rua e instituições financeiras para lavagem de dinheiro, na rede de tráfico de drogas que invade as economias, sociedades e Estados do mundo inteiro. São sistemas de televisão, estúdios de entretenimento, meios de computação gráfica, equipes

Corroborando o exposto, verifica-se ainda, na tradição jurídica brasileira, uma miscelânea sem igual de matrizes de direito, notadamente no seio do Constitucionalismo Contemporâneo. Pegue-se o exemplo do termo *neoconstitucionalismo*, acima explicitado, cujo significado já demonstra rupturas<sup>77</sup>. Os arquétipos europeus, continentais ou insulares, além do sempre influente direito estadunidense, são importados continuamente. Sob esse enfoque, causam uma mescla de difícil trato.<sup>78</sup> Daí o protagonismo judicial, a jurisprudencialização da política, o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF) e a adimensional discricionariedade operante no Poder Judiciário brasileiro se explicar e encontrar origens.<sup>79</sup>

Trata-se, assim, de uma pequena resenha da historiografia político-jurídica do Brasil, país que promoveu um levante democrático contra uma ditadura militar, para alçar uma aventura de dispersão do poder. E, ao fazê-lo, com um projeto civilizatório dinâmico em mãos, denominado “Constituição cidadã”, abriu a defesa, sob este ponto

---

para cobertura jornalística e equipamentos móveis gerando, transmitindo e recebendo sinais na rede global da nova mídia no âmago da expressão cultural e da opinião pública, na era da informação” (CASTELLS, Manuel. **A Era da informação: Economia, Sociedade e Cultura.** A Sociedade em Rede. 5 ed. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999. p. 498.)

<sup>76</sup> Trata-se de relação entre culturas, “partilha de cultura” como diz Canotilho. O complexo de idéias constantes na cultura relaciona-se reciprocamente, além das fronteiras nacionais, capazes de gerar identidade inclusive desconsiderando limites políticos, propiciando um efeito semelhante ao que é causa de textos constitucionais: uma integração, “inserindo conteúdos comunicativos possibilitadores de estruturação de comunidades inclusivas” e não exclusivas (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1427).

<sup>77</sup> Quando se disse, páginas acima, que o neconstitucionalismo apresentaria *características anti-hermenêuticas*, apontou-se para um problema: com Lenio Luiz Streck, tem-se que, atualmente, o termo *neoconstitucionalismo*, no Brasil, serviu de álibi teórico para inserção, acrítica, da jurisprudência dos valores alemã, da teoria da argumentação, de Robert Alexy, e do ativismo estadunidense. Daí por que a formulação do termo “Constitucionalismo Contemporâneo”, não como uma teoria, mas como um pano de fundo, ambiente teórico, já abordado.

<sup>78</sup> Apenas como exemplo, tome-se o controle de constitucionalidade difuso. Importado dos EUA, o *judicial review* data de 1803, desde o famoso *Marbury vs. Madison*. Ao Brasil veio sem seu irmão siamês: o *stare decisis*, ou sistema de precedentes. Para compreensão, comentários e explicitação do problema, ver: LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno.** Niterói: Impetus, 2010. p. 85-89.

<sup>79</sup> Apesar de já mencionada, encontra-se explanação completa sobre a temática do protagonismo judicial, e como ele é pernicioso, antidemocrático, em: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. Ademais, pela quebra do protagonismo judicial, como hoje posto, outros autores levantam a bandeira hermenêutica. Entre eles Adalberto Narciso Hommerding (HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007), André Cordeiro Leal (LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008), Dierle José Coelho Nunes (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008).

de vista específico, para o levante de posturas subjetivistas, notadamente entregue ao seu superego<sup>80</sup>: o Poder Judiciário.

Volta-se, assim, ao ponto antes explorado: em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, em um espaço territorial que compreende um país que experimenta a modernidade de forma tardia, inexoravelmente a concreção dos direitos se encaminha ao juízo. Isso porque, dentro desse espectro analítico, o modelo estatal de prestação de Direitos Sociais não se deu conforme na Alemanha, onde a responsabilidade era preponderantemente do Poder Executivo. A experiência tardia, de uma forma geral, conduziu o *welfare state* brasileiro para dentro do Poder Judiciário. Logo, surge a questão: onde não existiu um Estado Social propriamente dito, como perfectibilizar um Estado Democrático de Direito? Em outros termos: como o Poder Judiciário deve tratar seu excessivo trabalho/poder? É possível uma cultura judicial de *self-restraint*<sup>81</sup> no Brasil?

---

<sup>80</sup> Parafrazeando: MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58. p.183-202.

<sup>81</sup> Significa autocontenção. Tome-se o exemplo da decisão do STF que julgou possível a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis. Veja-se que o art. 1.723 do Código Civil, decalque do art. 226, § 3.º da Constituição Federal, faz impossível o manejo da *Verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição), pois não há como dar uma interpretação conforme a Constituição de um dispositivo que reproduz seu conteúdo. Está se dando uma interpretação conforme a Constituição a um dispositivo constitucional, portanto? O Ministro Gilmar Mendes visualizou esse problema, tanto que aduziu que o dispositivo atacado reproduz o termo da Constituição. Não há ambiguidade, pois. Disse que se curvou ao argumento de que “essa norma [o art. 1.723] tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo com o objetivo de se reconhecer a formalização das uniões homoafetivas”. Assim, questiona-se: se as decisões passarem a utilizar o art. 226, § 3.º da CF como fundamentação, poderão então driblar o *binding effect* da decisão do Supremo Tribunal Federal e continuar a não reconhecer uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo? E com base nisso, o mesmo julgador disse que “não tenho dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pois o legislador ainda pode atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo”. E pode, então, o Supremo Tribunal Federal legislar? Como sustentar um argumento de Constitucionalismo Contramajoritário (de defesa das minorias) em detrimento ao princípio democrático da Separação dos Poderes? Numa frase: como definir até onde o contramajoritarismo pode ir e a partir de então se torna ativismo judicial? Essas difíceis questões se colocam porque o argumento mestre foi a justiça da decisão. “Como se vê, há (houve) apenas uma justificativa para a decisão: a justiça da causa. Neste ponto, estaria de acordo. Nunca neguei que a causa fosse (e é) justa. Só que há tantas outras causas justas no Brasil e nem por isso o STF faz (ou fez) esse tipo de ‘atravessamento hermenêutico’. A expressiva maioria dos juristas brasileiros aprovaram a decisão do STF. Portanto, aprovaram uma atitude ativista. O que farão os juristas quando o ativismo não for favorável às suas ideias ou teses? Sim, porque o ativismo não tem controle, pela simples razão de que é ‘ativista’. Ativismo quer dizer ‘substituir o legislador nos juízos político-morais’” (STRECK, Lenio Luiz. *Lenio Streck escreve: Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)*. 10 maio 2011 (Internet). Disponível em: <[http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck\\_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-adecisC3%A3o-do-stf-uniC3%B5es-homoafetivas/144633118943293](http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-adecisC3%A3o-do-stf-uniC3%B5es-homoafetivas/144633118943293)>. Acesso em: 18 jul. 2011). Pois neste ponto reside o problema: o Supremo Tribunal Federal perde qualquer limite se os juristas permitirem que qualquer “lacuna” seja “reparada” pela sabedoria dos ministros. Não se trata de desmerecer nenhuma inteligência, mas simplesmente de exigir um respeito à Constituição. E isso é dever de todos, pois o pacto civilizatório que ela representa ultrapassa o “eu”, o “tu” e o “ele”. Basta averiguar que não houve um preenchimento de lacuna constitucional.

Então, este prisma analítico conduz a exposição para uma dicotomia: de um lado, se critica o Positivismo Jurídico por ter defenestrado conceitos incapazes de encaixe em sua estrutura lógico-científica, como Justiça, Moral, etc. e, de outro lado, se flexibiliza a lei em nome das novas tendências dos tribunais brasileiros, influência da Jurisprudência dos Valores e do realismo jurídico, causando um aumento dos poderes dos juízes, em especial um aumento das possibilidades de interpretar o direito: do radical legalismo ao seu completo abandono. Esta constatação faz recordar o Lorde Ângelo, de Shakespeare.

A crise paradigmática, a partir desse prisma adotado, se instaura no momento em que a teoria da decisão judicial (recordando que o *locus* processual ganha força perante um Estado Democrático ainda-não-Social de Direito) fica deixada ao arbítrio do juiz, causando um déficit democrático. É como se a *livre convicção* fosse incapaz de ser exorcizada: interpretar é uma tarefa discricionária, um ato de vontade. Uma questão democrática se projeta neste problema, de forma inexorável. Não se trata de desconfiança<sup>82</sup> na capacidade decisória da magistratura, mas a questão que assume

---

Nas palavras bem lançadas do advogado Hugo Jose Sarubbi Cysneiros de Oliveira, quando da sustentação oral, em plenário: “lacuna não significa que não se encontrou o que se queria no texto constitucional...” Logo, a via legislativa é o caminho correto para os redirecionamentos sociais, ao arrepio do que diz a Constituição, e não o Poder Judiciário. Com ou sem genealogias do dispositivo, como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, o certo é que os termos “homem” e “mulher” ainda estão lá e merecem respeito integral. Qualquer modificação dos limites semântico-pragmáticos deve ser dada pelo Poder Legislativo. É o que se depreende da exposição: “Insisto: não há espaço para o STF preencher ‘lacunas’. E quais lacunas? Se admitirmos lacunas constitucionais contra a própria Constituição, a pergunta que fica é: o que o STF não poderá fazer? Quais os limites do STF? Ainda: dizer que ‘o que não está proibido está permitido’ é um sofisma, pela simples razão de que é um argumento que vai ao infinito. Posso listar, aqui, um conjunto de coisas que não estão proibidas pela Constituição e nem por isso passarão a ser permitidas. No fundo, trata-se de uma questão de imaginário. Warat dizia que os juristas estão inseridos em um imaginário gnosiológico. Nele, existe a crença de que os juízes criam direito, que os juízes julgam conforme a sua consciência e que decidir é o mesmo que escolher. Como venho dizendo de há muito, na esteira de Dworkin: não importa o que os juízes pensam a respeito dos fatos, da sociedade, etc; quando julgam, devem suspender tais pré-juízos. Não importa o que eu penso sobre determinado assunto. A resposta que tenho que dar é: de acordo com a Constituição e com o ordenamento jurídico, tal resposta é possível? A Constituição permite isso? Entre minha consciência e a Constituição, tenho que ficar com a Constituição. Para quem não pensa desse modo, lamento informar que esse é ônus da democracia. Quando alguém me pergunta sobre a viabilidade das cotas nas universidades, não posso responder a partir de minha concepção pessoal. A resposta deve advir do exame da Constituição. Do mesmo modo, acho justíssima a causa que compôs a ADPF das uniões homoafetivas. Mas isso não quer dizer que essa justa causa não tenha que passar pelos canais democráticos” (STRECK, Lenio Luiz. Lenio Streck escreve: Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). 10 maio 2011 (Internet). Disponível em: <[http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck\\_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-a-decis%C3%A3o-do-stf-uni%C3%B5es-homoafetivas/144633118943293](http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-a-decis%C3%A3o-do-stf-uni%C3%B5es-homoafetivas/144633118943293)>. Acesso em: 18 jul. 2011). No presente caso, como se vê, não houve autocontenção.

<sup>82</sup> Para usar um termo de John Hart Ely, em: ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

vulto, a partir desta percepção, é a pergunta acerca do conteúdo decisório, ou do caminho hermenêutico percorrido até se prolatar a decisão.<sup>83</sup>

Nesse sentido, parece pouco dizer que a democracia implica essa destituição de poder: notadamente, no Brasil, se combate o positivismo exigindo-se do judiciário uma postura criativa. Entende-se, sob tais luzes, a aplicação da lei positiva como repriminção do (jurássico) positivismo exegético. Numa fórmula simples, a lei é (mero) parâmetro, não ordem cogente. Isso tem implicações problematizantes<sup>84</sup>.

Esses apontamentos até então realizados demonstram, como feito antes, onde se insere a questão discursiva, caudatária de uma pergunta fundamental acerca das condições da interpretação. O liame, portanto, reside no entendimento acerca do que se fez em termos teóricos, dentro da viragem paradigmática do constitucionalismo emergente do segundo pós-guerra.

Dessa forma, pode-se considerar a questão fulcral finalmente tocada: se a decisão judicial – e as teorias que a embasam – ficasse alheia ao problema da realização do Estado Democrático de Direito e à concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, não se teria problema quanto ao seu conteúdo e ao seu alcance. Ocorre que regime democrático e a responsabilidade republicana exigem, a partir deste Constitucionalismo Contemporâneo, uma prestação de contas. Dentro desse prisma, democracia é controle. O deslocamento de tensão em direção ao Poder Judiciário joga os problemas da República nas mãos da teoria da interpretação e, na sua outra face, a teoria da decisão.

O liame não pode ser perdido: discutir a realidade jurídica brasileira e o lugar da fala, a partir de uma teoria da interpretação, exige que se faça um (mesmo que breve) resgate acerca dos conceitos e conteúdos teóricos que ensejaram a realidade atual.

---

<sup>83</sup> Não se critica, com razoabilidade, a falta de escritos nesse sentido, mas sim de como os livros/artigos que tratam de teoria da decisão não enfrentam o tema da discricionariedade, ou ainda, de como Kelsen resta (ainda) presente. Dessa forma, o capítulo VIII do *Teoria Pura do Direito* é, novamente, atual. É como se o nível de indeterminação semântica do texto legal ainda servisse de “mola interpretativa” ao juízo, dando permissão para dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*. Como exemplo de um trabalho focado na teoria kelseniana, que passa ao largo da questão interpretativa e de como ela gera discricionariedade, ver: DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Voltar-se-á a tratar do tema, especialmente, no Capítulo 3.

<sup>84</sup> O pacto civilizatório descrito na Constituição Federal, a partir do Estado Democrático de Direito por ela estatuído, e as leis democraticamente concebidas, por certo, não podem ficar ao alvedrio do sujeito solipsista que a entende moralmente desviada. Da mesma forma, aplicar a lei nada tem a ver com objetivismo ou legalismo. O exegetismo está extinto. Interpretar é inexorável. Tais alertas são dados em: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, p. 158-173, Itajaí, jan./abr., 2010.

Destarte, o que se coloca pode ser descrito na seguinte expressão: o positivismo jurídico tem condições de enfrentar uma nova *teoria da decisão*, sustentada em uma nova *teoria da interpretação*? O enfoque até então abordado revela que o paradigma burguês-patrimonial-liberal-individualista organizou(a) a sociedade de forma apartada do Estado, sendo que o direito-como-instrumento, não autônomo, serviu(e) a idiosincrasias de matizes velados<sup>85</sup>.

Nesse passo e mantendo a linha de raciocínio, o principal mecanismo democrático-político, o voto, apresenta-se mais simbólico do que substancial e não garante, com plena efetividade, os direitos políticos da sociedade<sup>86</sup>. Por outro lado, quando o caso concreto faz uma exigência além do comum<sup>87</sup>, parece que o positivismo emudece<sup>88</sup>. Esses pontos expõem a fragilidade de uma faceta do sistema. De fato, essas arestas precisam de reparo.

Nesse contexto, percebe-se que o jusfilósofo de Viena, Hans Kelsen, permanece atual na tradição jurídica brasileira. No já citado capítulo VIII da sua obra prima, *Teoria Pura do Direito*, onde se descreve a questão da “moldura da norma”, o que se faz, na verdade, é admitir (ou mais: apostar em) uma discricionariedade judicial<sup>89</sup>. E a discricionariedade tem um papel-chave durante toda a investigação aqui

---

<sup>85</sup> “O sistema tradicional baseia-se em representações ideais (tais como ‘igualdade perante a lei’, ‘autonomia de vontade’, ‘certeza’ e ‘segurança jurídica’) que, na verdade, são instrumentos retóricos exercendo função persuasiva. [...] Nestas condições, é plantada a falsa idéia de ordem, segurança, desenvolvimento e progresso. Na verdade, o Direito é usado como instrumento de conservação.” (PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994. p. 56-57 e 67).

<sup>86</sup> “O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira: a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais. Isso que dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras” (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 8-9).

<sup>87</sup> E aqui cabe a ressalva de que “algo a mais que o comum” equivale a pensar nos “casos em que a *costumeira* subsunção não resolve”.

<sup>88</sup> A expressão é de Albert Calsamiglia, que se refere ao problema do positivismo diante das situações da subjetividade do juiz, em que a teoria nada diz ou, literalmente, “emudece” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **Revista Eletrônica Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 21, v. I (1998). p. 209-220. Disponível em: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf)>. Acesso em: 1.º maio 2011.

<sup>89</sup> Como já referido acima, o Hans Kelsen desconfiava da moral, mas quando tratou da interpretação e da aplicação dos textos do Direito positivo, acabou por dizer que *a interpretação era um ato de vontade*, dada a liberdade que o intérprete teria, desde que respeitasse os limites da *moldura da norma*. Nos termos do próprio autor: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390).

travada: superá-la, no sentido de democratizar o direito (ou *levá-lo a sério*, segundo Dworkin), passa a ser tarefa da teoria *da interpretação e da decisão*.

Esta senda discursiva é enfrentada e desenvolvida por meio dos discursos em direito, elementos que são trabalhados por ambas as propostas (a Teoria Discursiva Procedimental de Habermas e a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck) que o presente estudo pretende analisar. Estas, entre tantas outras, são teorias que navegam no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo.

Assim, os discursos de fundamentação (*Bergründungsdiskurs*) e os discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) se encontram imbricados neste ambiente. O horizonte da discussão se dá, portanto, na consideração do ponto discursivo como chave na propagação de uma teoria interpretativa e da decisão, capaz de lidar com as vicissitudes do positivismo (entre elas, a discricionariedade), sem prejuízos democráticos<sup>90</sup>.

Pode-se considerar, como o principal mecanismo de condução dessa discricionariedade no atual paradigma decisório judicial brasileiro, a questão dos *princípios*. Como acima denotado, os princípios já tiveram a concepção de mero (e último) instrumento de resolução de preenchimento de lacunas legislativas, também conhecidos como Princípios Gerais do Direito<sup>91</sup>, notadamente, ainda hoje insculpidos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>92</sup>.

Outra concepção se vê na noção de princípios epistemológicos, como aqueles que “pretendem ser os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada”<sup>93</sup>. Com conteúdos já fixados, estes enunciados auxiliam na explicação, aplicação, teorização e compreensão de áreas jurídicas delimitadas, como o *princípio da correlação entre petição inicial e sentença*, no processo civil.

---

<sup>90</sup> Daí a razão pela qual a análise dos discursos e da *applicatio* se dará, detidamente, nos Capítulos 2 e 3, respectivamente.

<sup>91</sup> Estudo pormenorizado e de claríssima exposição identifica-se em: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, principalmente no Capítulo 1.

<sup>92</sup> Atualmente, nova nomenclatura é dada pela Lei n.º 12.376, de 30 de Dezembro de 2010. A oportunidade exige a feitura de uma nota: ao invés de derrubar por terra a famigerada e nada útil LICC, a *novatio legis* limitou-se a *trocar-lhe o nome*. Os princípios, que etimologicamente significam “o que vem antes”, não podiam continuar como último elemento resolutivo de lacunas. Se a tarefa interpretativa do Direito ocupa o primeiro plano, na atualidade jurídica, devem eles capitanear o levante contra os subjetivismos e decisionismos, recortados axiologicamente do mundo fático.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 54.

Mas, no Brasil, onde a importação se fez sem ressalvas, a noção predominante de princípio anda por outra via. Sob esse enfoque específico, o que se tem massificado é a simbologia de um princípio pragmático ou problemático<sup>94</sup>. Este conceito surgiu na Alemanha nazista, mas lá havia um álibi ético-fundante: a legislação produzida em tempos de partido nacional-socialista. O Brasil não conheceu tal álibi. Mesmo assim, a importação foi fiel.

Esse jogo promovido em torno do conceito de princípio ilustra uma manobra recorrente. É algo extremamente pertinente para um segmento crescente no corpo teórico jurídico brasileiro: os adeptos das teorias argumentativas, pois tais discursos teóricos estipulam ao princípio, agora protagonista, um papel de “mandado de otimização”<sup>95</sup>.

Essa rápida abordagem serve para ilustrar o problema da interpretação e da decisão no direito. O enfoque adotado exhibe um pano de fundo que permite contrastar a necessidade de uma teoria da interpretação adequada para as exigências do Constitucionalismo Contemporâneo. Ou seja, não se pretende aprofundar o estudo quanto às teorias argumentativas, mas elas possuem a mesma fratura epistemológica: ao passo que a decisão judicial precisa de atenção, queda importante saber das condições jurisdicionais de implementação do dirigismo constitucional. Em outros termos, é essencial explicitar as formas de concretização dos direitos e garantias fundamentais, pois a judicialização crescente diz, ao cabo, sempre de uma jurisdição constitucional.

Isso introduz o próximo ponto do trabalho, qual seja: a análise da discussão acerca do procedimentalismo e do substancialismo. Se interpretar e decidir precisam de uma teoria adequada, ela precisará enfrentar a dicotomia adiante estudada, ou seja, das condições de operabilidade do Direito Constitucional em juízo e de como esse

---

<sup>94</sup> A terminologia, como fez Rafael Tomaz de Oliveira, precisa de advertências: o problemático advém da cultura alemã da jurisprudência dos valores, que construiu uma *supramoralidade jurídica*, por sobre o positivismo nazista, alcançável mediante os princípios. Ver objeções e explicações aprofundadas em: *Ibid.*, p. 57.

<sup>95</sup> “Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, Robert. **Teorias dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91).

ponto é fulcral para a concreção dos objetivos da República, do que o próximo ponto se ocupará.

## 1.2 PROCEDIMENTALISMO *VERSUS* SUBSTANCIALISMO: UM INTROITO

*Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à correção pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. Seria interessante saber se existe uma alternativa melhor, mas a corrente mais comum do não interpretacionismo, que faz apelo a noções que não podem ser encontradas nem na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos, parece particularmente vulnerável à pecha de incompatibilidade com a democrática.*  
-John Hart Ely<sup>96</sup>

Devidamente colocado o problema, caminha-se para um aporte um tanto mais específico: percebida a transição paradigmática que se apresenta, diante da palidez de um positivismo que não se conjumina com o ideário democrático, resta verificar o papel da Jurisdição (Constitucional) nesse porvir, bem como uma teoria da decisão e, indissociavelmente, uma teoria da interpretação, capaz de prover as promessas constitucionais.

Nesse passo, discutir a temática do procedimentalismo *versus* substancialismo impõe compreender o remodelar da função jurisdicional e, em última instância, do Direito perante o paradigma do Estado Democrático de Direito.

O horizonte deste debate é a jurisdição constitucional. Primeiro, porque, a partir do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo (ou melhor, do Constitucionalismo Contemporâneo), *toda jurisdição é uma jurisdição constitucional.*

---

<sup>96</sup> ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

Não há como descolar o acontecer do fazer jurídico da realidade constitucional fundante. Isso não implica desconhecer que, no Brasil, ainda ocorram descontinuidades constitucionais ou quedas na força normativa da Constituição<sup>97</sup>.

Em segundo lugar, porque o paradigma do Estado Democrático de Direito vê a democracia como a forma do acontecer jurídico balizado pela Constituição Federal. Ou seja, ao constitucionalizarem-se conteúdos de direitos sociais, claramente ausentes do cotidiano da sociedade, fez-se uma opção: as instituições oitocentistas do Brasil deverão provê-los. O dirigismo constitucional precisa ser reativado. Como o Poder Judiciário assistiu à explosão da demanda judicial, viu-se imediatamente em crise. As promessas da modernidade são cobradas em suas portas. Prover-lhe ou, ao menos, analisar tal mérito passa a ser, automaticamente, jurisdição constitucional.

Em terceiro lugar e por fim, porque o direito de ação, público e subjetivo, tem escopo constitucional. Do ponto de vista processual, especialmente de um *substantive due process of law*, todo cidadão tem direito a uma participação material no fazer jurídico jurisdicionalizado, ou mais: “todo cidadão tem um direito fundamental a uma decisão adequada à Constituição Federal”<sup>98</sup>.

Não se pode perder a atenção ao fato de que esta leitura própria da revolução constitucional operada no seio do Estado Democrático de Direito já diz de uma opção velada. O *contar a história do constitucionalismo*, de certa forma, implica em *tomar uma posição*. Significa dizer: a própria leitura do movimento constitucional e de como esse jogo se opera dentro do paradigma democrático ostenta sinais de uma ou outra tese.

A ênfase no papel da jurisdição constitucional como efetivação do Estado Democrático de Direito é própria das posturas substancialistas<sup>99</sup>. Por outro lado, entendendo que uma postura interventiva da jurisdição constitucional não teria

---

<sup>97</sup> Considere-se o problema do Direito Penal, especificamente o das normas penais em branco heterogêneas, ou seja, aquelas que dependem de normatização exógena para fixar um tipo penal. No caso da lei de drogas (Lei n. 11.343/2006), a definição de entorpecentes fica a depender do critério administrativo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Tudo fica consideravelmente mais problemático se se pensar que o tráfico ilícito de entorpecentes configura crime hediondo, conforme expresse mandamento constitucional.

<sup>98</sup> Sobre como a Nova Crítica do Direito adota este posicionamento, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, especialmente o ponto 7 do posfácio.

<sup>99</sup> Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, em especial o ponto 2.2 do Capítulo 2.

legitimidade democrática, tem-se Jürgen Habermas,<sup>100</sup> corifeu da corrente procedimentalista.

Assim, a partir deste momento, faz-se uma importante bifurcação, para demonstrar como cada corrente se comporta: de um lado, o procedimentalismo, de outro, o substancialismo. Veja-se cada um sem grandes aprofundamentos.

### 1.2.1 Procedimentalismo: o foco na separação dos poderes

As teorias consideradas procedimentalistas colocam ênfase na democracia (aqui entendida como regra-da-maioria), alegando que as manifestações da jurisdição constitucional ferem de morte as pretensões de um povo livre e soberano, capaz de escolher suas prioridades enquanto sociedade organizada.

Um tribunal interventivo, neste sentido, passa a “colonizar” o mundo da vida, de forma a determinar, de acordo com seus padrões, o que entende por melhor, alijando as escolhas e opções próprias dos cidadãos. Então a legitimidade democrática das opções políticas não pode sucumbir por entendimentos jurisdicionais, cujo cunho constitucional se limita a “cuidar do procedimento” ou “limitar o poder existente”<sup>101</sup>.

Existe, nesta linha, uma crença hiperbolizada na correção normativa do procedimento, sendo que a observação religiosa dos ditames litúrgicos assume uma característica legitimadora, capaz de reforçar o conteúdo com a devida fundamentação coercitiva pelo fato de ter “respeitado os trâmites”.

O que justifica estas tomadas de posições é justamente a natureza da busca, do fundamento. Nesse contexto, há um anseio imanente de se localizar algo universalizante, ou seja, capaz de congregar os valores de uma sociedade plúrima, de

---

<sup>100</sup> Habermas, ao desenhar este projeto procedimental, prescreve um direito com duas características nítidas: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional. O jusfilósofo alemão descreve a positividade do direito como a capacidade de normatização artificial e potencialmente modificativa (ab-rogações, derrogações e revogações), combatendo decisionismos, arbitrariedades e fomentando atividades de integração social, como instância que exterioriza a vontade coletiva (legitimidade). A pretensão à aceitabilidade racional completa a guinada que a positividade inicia. A positividade, sozinha, não integra entendimentos sociais, requisitando padrões de aceitabilidade racional dos sujeitos para só assim descrever um direito legítimo. A simples coerção, despida de entendimento racional, não sobreleva um sistema de direito capaz de produzir, internamente, integração social (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 60-61). Essa associação da legitimidade do Direito/tribunais advinda, única e exclusivamente, do princípio da Democracia será devidamente abordado no Capítulo 2.

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

forma a criar certo grau de sinergia suficiente a manter as relações sociais em um nível não aleatório.

Nestes trilhos, o universal, como fundamento, é uma falácia, algo que se verá, devidamente explicado no Capítulo 3, onde se tratará da crítica heideggeriana-gadameriana contra a metafísica, que pretendia comprovar que o método era capaz de atingir a verdade objetivamente. E mais: não simplesmente comprovar, mas certificar-se de que a experiência pode ser repetida (universalmente), e os resultados se manterão. Dessa forma, o positivo (como fato concreto) passará a ser uma racionalidade não subjetiva, ou solipsista. Esta é, ao menos, a razão segundo a tradição de Descartes<sup>102</sup>.

Talvez não seja desarrazoado afirmar que o problema fundamental das teorias processuais-procedimentais reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Visto desse modo, *o procedimento acaba sendo uma espécie de “novo princípio epocal”, na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar “diferença ontológica”, afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva.* Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade.<sup>103</sup>

Então começa a ficar claro que o diagnóstico das teorias procedimentalistas evidenciam uma democracia máxima, que visualiza, em qualquer tipo de manifestação jurisdicional interventiva, um verdadeiro e genuíno ativismo judicial. Assim se ignora que a jurisprudencialização da política é contingencial: acontecerá em países como o Brasil, onde a desigualdade das inflexões constitucionais aponta para aqueles que têm acesso aos direitos fundamentais e aqueles que não, como se o projeto dirigente da Constituição Federal fosse algo *ad hoc*, pessoalizado. Ativismo, por outro lado, é pernicioso. Representa a usurpação do poder político-democrático pelos não legitimados, que passam a legislar mediante decisões arbitrárias, aplicando-as retroativamente.

---

<sup>102</sup> O famoso *cogito ergo sum*, compreensão filosófica que dominou eras, vem delineado, especialmente, em: DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: LP&M, 2008.

<sup>103</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

Disso se extrai outra questão: a relação entre o positivismo e o procedimentalismo. Há um espaço muito tênue. Em alguns momentos, parece que aliar procedimento e dogmática positivista é aceitável, e é desse espaço sinuoso que se pretende tratar, apontando convergências e afastamentos nessas noções, tão relevantes à reflexão do Direito.

O positivismo, se contraposto ao procedimentalismo, aciona um entendimento no qual o procedimento é um simples instrumento pragmático, na forma de método, por meio do qual o direito deve ser aplicado, descomplexificando o entendimento. Trata-se de um movimento necessário ao se reconhecer a insuficiência do sistema direito. Leonel Severo Rocha<sup>104</sup>, calcado em Luhmann, aponta que, devido às intermináveis possibilidades do mundo da vida, resta ao sistema jurídico filtrar as questões que entender relevantes. Ao fazê-lo, juridiciza, seletivamente, aquilo que pode resolver. O termo revela que a incapacidade do sistema ‘direito’ (enquanto positivista em sentido estrito) deriva de sua pretensão de completude e certeza. Contudo, ao se tomar algumas noções procedimentais que se sustentam a partir da participação cidadã, tem-se que os diálogos, enquanto entes fundantes da formação e justificação do direito, produzem uma construção.

Nessa concepção, não se pode pensar em um direito que se encerra em seu próprio fazer, o qual, muitas vezes, sendo intolerável à interferência de outros sujeitos, afora aqueles autorizados pelo sistema, permite construções de uma discursividade judicial que avoca para si a tarefa de legislador político. O que resta disso é a mais antidemocrática e ilimitada concessão de soberania por parte da sociedade civil, alheio ao exercício de sua cidadania. Este seria um exemplo do uso autoritário do poder jurídico.

Não se quer, de acordo com o procedimentalismo, desautorizar ou deixar de reconhecer a função do sistema Judiciário, mas, sim, “reconhecer que os discursos de justificação do Direito não se confundem e não podem ser usurpados pelos discursos de aplicação”<sup>105</sup>. Contudo, algumas características do procedimentalismo já indicam

---

<sup>104</sup> ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário 2008, n. 5, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 154.

<sup>105</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito**: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”, 2007. *In*: **Revista Lex**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

que, por exemplo, uma das preocupações é justamente convidar todos (amplitude do agir comunicativo), sujeitos a contribuírem na formação do consenso, eis que este fomentará a formulação do discurso de fundamentação (uma lei – anterior ao discurso de aplicação, algo que será devidamente trabalhado no Capítulo 2). E a lei somente será legítima no momento que possuir a contribuição ampla e democrática dos seus destinatários.

Habermas, postulando acerca da concepção procedimental, é incisivo na defesa da tripartição dos poderes, como condição inafastável de um direito legítimo e público. Um dos princípios do substancialismo (corrente oposta à compreensão procedimentalista do direito), como mencionado, é a exigência de um Judiciário forte e intervencionista, mas não necessariamente ativista. Assim, como papel do Estado Democrático de Direito, entende-se implementar uma jurisdição constitucional capaz de garantir, efetivamente, o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais a uma população carente de efetividade jurídica.

Eis a corrente procedimental do direito que regula a facticidade da segurança jurídica e a validade da correção jurisdicional por meio de um sistema normativo compreendido sistematicamente, seguro em si e que seria suficiente para a satisfação da demanda social-jurídica.

Isso se deve à observância prioritária do método (cartesiano), eis que esse representa o ideal democrático da fundamentação última, que, comunicativamente construído, em ampla construção produzida por sujeitos de direito emissores de atos de fala em condições de simetria argumentativa, dirá algo intersubjetivo. Daí positivismo e procedimentalismo apresentam semelhanças. Com Luiz Moreira, tem-se:

No entanto, estes processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, são necessários, mas não suficientes para a efetivação da liberdade. A sua circunscrição nos limites da facticidade procedimental instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada difere das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico* – dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa –, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas: Direito, Discurso e Democracia**. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 196.

Pretende-se uma via capaz de solidificar correção jurisdicional com segurança jurídica. O recorte axiológico produz uma certeza (dogmática) que mascara um resultado correto, em nome da segurança jurídica. Ao considerar-se que Habermas não pretendeu esses trilhos, tudo se complica. A *terceira via*<sup>107</sup> sempre foi seu objetivo, e tal pensamento fica claro no seguinte trecho:

O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.<sup>108</sup>

Em outras palavras, Habermas reconhece e parte dessas duas paradoxais compreensões da ciência jurídica para reconstruir o direito a partir dele mesmo. Utilizando esses pressupostos, Habermas oferta a terceira via, para regular a tensão entre a facticidade e a validade, interna e externamente ao direito. O juiz, nesse contexto procedimental, tem seus poderes subtraídos e passa à posição de espectador:

A atuação do magistrado, nesse aspecto, deveria auxiliar os indivíduos a encontrarem, a partir de suas relações sociais, os mecanismos para solucionar os problemas que os afetam. Isso porque, na sociedade contemporânea, ocorre a multiplicação dos espaços decisórios que, paralelamente à jurisdição tradicional, descentralizam os processos democráticos, possibilitando o surgimento de um Direito mais próximo da realidade social, pois oriundo dos próprios interessados. O juiz apresenta-se, portanto, como um agente controlador e zelador das “formalidades” e dos “procedimentos” adotados nos diferentes locais de produção do direito. Esta é a visão, pois, do que se pode nominar “procedimentalismo”.<sup>109</sup>

Assim, como se pode verificar, fica nítido que a corrente procedimental do direito lança luzes sobre o princípio da separação dos poderes como o valor máximo a

---

<sup>107</sup> Denomina-se terceira via a opção de Habermas por afastar-se, primordialmente, do paradigma liberal-burguês, por entendê-lo insuficiente para os padrões complexos e principiológicos da pós-modernidade, e também do paradigma social (comunitarista), de funções distributivas e protetivas. O Estado Liberal e o Estado Social são nítidas opções abandonadas. A terceira via (Estado democrático de Direito) é o objetivo final. Sua implementação seria o berço perfeito para a construção e administração de todos seus conceitos e hipóteses, que serão mais aprofundados no capítulo seguinte.

<sup>108</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro. I, 2003. p. 242.

<sup>109</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”, 2007. In: **Revista Lex**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

ser defendido, já que o conteúdo das programações procedurais<sup>110</sup> é menos importante do que a proclamação pelos (supostamente) verdadeiros legitimados. Neste momento, é preciso compreender a outra vertente do presente estudo: o substancialismo.

### 1.2.2 A postura substancialista e a Constituição como projeto: dirigismo e direitos fundamentais

As sedimentações teórico-filosóficas substancialistas (dentre eles, Lenio L. Streck, Paulo Bonavides, Gilberto Bercovici, Alexandre Morais da Rosa, Ingo Wolfgang Sarlet, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho - sob certo enfoque -, Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Laurence Tribe, entre outros) valorizam a Constituição de uma forma totalmente diferente. Suas características de normatividade vinculante e programação dirigente, sua imposição de um Estado Democrático de Direito firme e superador das questões neoliberais, especialmente de um direito privatizado, alteram toda a sistemática de se olhar o direito.

Mais do que atento aos problemas de deslocamento de tensão em direção ao Poder Judiciário, já analisada, a questão substancialista é, sobretudo, um projeto civilizatório, que não teme conjecturas e aposta no Poder Judiciário como

---

<sup>110</sup> Que o procedimentalismo alimenta-se do dogmatismo, Habermas deixa claro, quando afirma: “esta idéia [procedimentalismo] é ‘dogmática’ num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura linguística das formas da vida socioculturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, v. II. p. 190). O que não resta claro é esse sentido *sui generis* que Habermas menciona. Até onde se pode perceber, o dogmatismo referido tem as mesmas características de qualquer outro dogmatismo, ou seja, pré-determinando comportamentos e interpretações, esquivando-se da realidade delineadora de casos concretos, eis que pretenciosa ao ponto de pré-julgar os fatos, antes de compreendê-los e, principalmente: filosofando sobre o nada (para tanto, ver Capítulo 3). Para o filósofo alemão, o grande mérito de sua teoria está no fato de superar a necessidade de pré-determinação daquilo que é bom, ou ideal, para a sociedade, como faziam os paradigmas liberais e sociais. A única formalidade está na observância do procedimento para a construção de uma materialidade comprometida com a coletividade. Seu conteúdo não é o mais importante. Aliás, nem importante é – tanto é verdade que Habermas cita Cass Sunstein: “*One of the distinctive features of this approach is that the outcome of the legislative process becomes secondary. What is important is whether it is deliberation – undistorted by private power – that gave rise to that outcome*” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 342. Tradução livre: “Uma das características marcantes desta abordagem é que o resultado do processo legislativo torna-se secundário. O importante é saber acerca da deliberação - não falseada pelo poder privado - que deu origem àquele desfecho.”). Ou seja, interessa saber se a tensão entre facticidade e validade resta apaziguada por um contexto estrutural linguístico das formas de vida socioculturais, que permitem aos sujeitos identificar-se com aquilo que são e defendem.

encarregado em atender as promessas não cumpridas da modernidade. A Constituição, nesse ínterim, assume os feitiços de Contrato Social, pois congrega em torno de si a missão da aglutinação social, por meio dos objetivos comuns ou objetivos da República. Então, a partir desta ótica, quando um juiz efetua um controle de constitucionalidade, ele não está quebrando o pacto da separação dos poderes nem está *governando sem legitimidade*. Muito pelo contrário, está explicitando a compreensão da sociedade acerca do pacto dirigente deixado pelo legislador constitucional originário. Mesmo que parcela da sociedade assim não entenda, é preciso ter em mente que, acima de valores políticos, há objetivos constitucionais a serem perseguidos pelo Estado, na sua forma mais ampla.

Neste sentido, uma lei inconstitucional, cujo procedimento não percebe falhas, merece sucumbir diante do controle jurisdicional de constitucionalidade, pois sua incompatibilidade diz do conflito da norma com a Constituição Federal, o que autoriza a utilização dos mecanismos contramajoritários da República, ou seja, nem a democracia é suprema; ela precisa de freios.

Daí a necessidade de a Constituição, tida como explicitação do contrato social, não poder ser entendida apenas como um “contrato” que se estabelece como uma “terceira coisa” entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários. A linguagem constituinte é a “condição de possibilidade do novo”, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do modelo liberal, passando por uma “revolução copernicana” (Jorge Miranda) mediante o “constituir da sociedade”. Parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é um “elemento conformado” e “elemento conformador” de relações sociais. É o resultado e fator de integração política, expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, e a sede da ideia de direito nela triunfante; o quadro de referência do poder político que se pretende ao serviço dessa ideia. A Constituição é o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder.<sup>111</sup>

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Democrático de Direito, que veio agregar um *plus* normativo às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), fazendo com que o Direito passasse a ser transformador. Significa dizer que o texto constitucional passou a deter as condições de possibilidade para o

---

<sup>111</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo *versus* substancialismo”, 2007. In: **Revista Lex**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

resgate das promessas da modernidade. Dessa forma, é preciso entender a Constituição do Brasil como algo substantivo, uma vez que contém valores (direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*) que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Por isso é de se deixar assentado que o “constitucionalismo dirigente-compromissário” não está esgotado. A Constituição ainda deve “constituir-a-ação” no Brasil, onde nunca – efetivamente – constituiu. Em seu texto, há um “núcleo essencial”, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade que necessita ser resgatado. Todavia, a questão fulcral ainda merece apresentação.

### 1.3 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO: DE COMO SE INSERE A QUESTÃO DISCURSIVA

Expostos o estado d’arte da teoria jurídica do Brasil de como se coloca a questão discursiva no embate procedimentalismo *versus* substancialismo, dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, resta demonstrar, enfim, o cerne da presente investigação. O liame até aqui explorado permite que se aborde a questão discursiva a partir de bases sólidas, pois, ao visitar conceitos como Constitucionalismo Contemporâneo, neoconstitucionalismo, pós-positivismo, positivismo, procedimentalismo e substancialismo, fica claro que as propostas de Jürgen Habermas e Klaus Günther, de um lado, e de Lenio L. Streck (estribado em Heidegger, Gadamer e Dworkin), de outro, fazem frente também ao problema da interpretação.

Em verdade, é uma decorrência das questões erigidas e das teorias superficialmente apresentadas. Trata-se, pois, da cisão discursiva, aqui compreendida como a forma de interpretar, compreender e aplicar, discursivamente, em direito.

As temáticas até então abordadas abriram o espaço necessário para se falar nas duas teorias interpretativas/aplicativas do direito que serão tratadas no trabalho. Mais que teorias que discorrem acerca da interpretação e da aplicação da norma jurídica, são, em verdade, teorias do próprio direito, pois, além de localizarem os fins e os meios do desdobramento das normas na sociedade, discorrem sobre o papel dos tribunais, sobre a natureza da Constituição, sobre os princípios, sobre a relação entre o jurídico e o moral, etc.

Essa riqueza, evidentemente, não será avaliada de forma completa. Apresentar teorias do direito demandaria um trabalho somente com esta finalidade e, mesmo assim, haveria recortes teóricos. O que se pretende, por outro lado, é abordar a questão discursiva em apenas duas situações devidamente delimitadas: de um lado, a aposta procedimental de Jürgen Habermas e Klaus Günther, evidenciando um direito aplicado em dois momentos, os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação, algo que será devidamente abordado no Capítulo 2; de outro, a senda substancial da Crítica Hermenêutica do Direito, estribada principalmente nos ensinamentos filosóficos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, cuja aposta na *applicatio* impede a consideração de situações apartadas, recortadas. Conceitos como compreensão, pré-compreensão, *Dasein*, diferença ontológica, entre outros, fazem uma “revolução copernicana” na teoria do direito, algo que será visto no Capítulo 3.

Chega-se, assim, ao fim do primeiro capítulo, sendo que, num retorno ao começo, pode-se dar a conhecer a questão colocada como problema: discutir o futuro da questão discursiva, em direito, é discutir a emergência de uma teoria da interpretação jurídica. Ou seja, é necessário perquirir o que é feito, filosoficamente, em termos de teorização da compreensão, para averiguar como o ofício de julgar deve ser desempenhado, exatamente nesta quadra da história, em *terrae brasilis*, onde o positivismo ainda permanece no centro do senso comum teórico dos juristas<sup>112</sup>.

Entender a forma como Habermas constrói sua teoria e como faz uso direto da separação discursiva de Klaus Günther passa a ser o próximo objetivo, linha mestra que conduzirá o estudo durante o capítulo que segue.

---

<sup>112</sup> Que pode ser entendido como: “O sentido comum teórico dos juristas é, assim, o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica. Difusamente, é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o direito.” (STRECK, Lenio Luiz. **Em defesa da pós-graduação acadêmica:** □Notas sobre a inadequação do Mestrado Profissionalizante na área do Direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/Texto%20Mestrado%20Profissionalizante%20%20Lenio%20Streck%20-%20Jacinto%20Coutinho.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011, nota 7).

## 2. A FUNDAMENTAÇÃO DA TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA: SOBRE A PROPOSTA E SUA PERTINÊNCIA

*Com a ciência moderna, com o direito positivo e as éticas profanas baseadas em princípios, com uma arte que se tornou autônoma e uma crítica de arte institucionalizada, cristalizaram-se três dimensões da razão e isso também sem a intervenção da filosofia. Mesmo sem a orientação da crítica da razão, os filhos e as filhas da modernidade aprendem a dissociar e desenvolver a tradição cultural, sob cada um desses aspectos da racionalidade, em questões de verdade, justiça ou de gosto. Isto fica claro em processos de eliminação muito interessantes. As ciências expelem pouco a pouco os elementos pertencentes a imagens do mundo e renunciam a uma interpretação da natureza e da história como um todo. As éticas cognitivas eliminam os problemas do bem-viver e concentram-se nos aspectos rigorosamente deônticos, generalizáveis, de tal modo que do bom resta apenas o justo.*  
- Jürgen Habermas<sup>113</sup>

É evidente que Jürgen Habermas representa um importante baluarte jus-filosófico da atualidade. Seus escritos são lidos mundialmente, sua profundidade teórica reconhecida em todos os continentes. Último representante da Escola de Frankfurt, Habermas ombreou época com filósofos como Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin e Herbert Marcuse, em que assimilou a herança de um projeto de emancipação racional do sujeito, próprio do Iluminismo.

O debate habermasiano, na atualidade jurídica brasileira, é bastante profícuo. Há diversos autores trabalhando conceitos do autor alemão, inclusive ampliando os próprios horizontes por ele explorados<sup>114</sup>. Seja na sociologia, na filosofia, ou no direito, seus passos costumam ser analisados e refletidos, pois se faz presente nos planos das disciplinas dos cursos de graduação/pós-graduação.

Para além de simplesmente propor novas conjugações filosóficas, Habermas refaz passos importantes da história da filosofia, revisitando as sucessivas epistemologias que dominaram o cenário do pensar, procurando uma aresta ainda inexplorada.

Para acompanhar minimamente tal riqueza, há um caminho a ser trilhado por aqueles que visam aprender, atentos à sua complexidade, a corrente procedimental de um sistema jurídico de cariz habermasiano. Cumpre, portanto, estabelecer determinadas particularidades de cada desdobramento, com o fito de identificar o terreno explorado e seus limites, principalmente para desenhar um panorama acerca

---

<sup>113</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 32.

<sup>114</sup> Dentre eles, os professores Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Luiz Moreira, Rosemiro Pereira Leal, entre outros.

do tema, permitindo reconstruir alguns postulados fundamentais defendidos por Habermas.

É neste ponto que nasce a Teoria do Agir Comunicativo (*Theorie des kommunikativen Handelns*<sup>115</sup>), conjugando postulados de Max Weber<sup>116</sup> e de Talcott Parsons<sup>117</sup>. Sua preocupação constante com a democracia o fez desenhar um projeto de suavização do choque entre facticidade e validade, fazendo com que o Direito opere como *cartilagem* dessa articulação social<sup>118</sup>. Aliás, tal espaço surgiu, segundo Habermas, por decorrência do fim da colagem entre facticidade e validade proporcionada pelo discurso eclesiástico<sup>119</sup>. As justificativas metafísicas dos eventos

---

<sup>115</sup> Não há versão traduzida para o português. Utiliza-se, comumente, a versão espanhola: HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 2003, v. I; e HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Crítica de la razón funcionalista. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 2003, v. II.

<sup>116</sup> Segundo Habermas, o entendimento de Weber diz que “O direito tem a função de contribuir na formação de um complexo sistema de ilusão/dominação. Os sujeitos passam a crer num poder (ilusório) de participação. Os opressores passam a ter controle e capacidade de manipulação sobre as instituições sociais” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 102).

<sup>117</sup> Já para Parsons, Habermas afirma: “O direito funciona como um seguro contra perdas (*Ausfallbürgschaft*) para as realizações de integração social de todas as ordens institucionais. [...] É uma espécie de garantia da solidariedade social, atuando sobre atividades lesivas e disjuntoras” (*Ibid.*, p. 103).

<sup>118</sup> Desde os primórdios do estudo de Habermas, é preciso clarificar que o presente trabalho limita-se a trabalhar com o “segundo” Habermas, não o primeiro. Explica-se: o primeiro Habermas é o herdeiro da tradição kantiana da filosofia do direito. Sua obra central era o *Theorie des kommunikativen Handelns*. O segundo Habermas pode-se considerar a partir dos escritos do autor alemão que modificaram sua relação entre direito e moral, de complementaridade, para co-originariedade, notadamente, o Habermas da *Faktizität und Geltung*. Este momento, que coincide com o início da década de 1990, representa um filósofo que inova sua abordagem, revelando uma compreensão detalhadamente cara, tanto que expressamente reconhecida por Lenio L. Streck como uma de suas maiores contribuições à teoria do direito contemporânea. Sobre os dois Habermas, veja-se: MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, em especial a Introdução. O segundo Habermas mostra-se evidente em: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003. V. I e II. Quanto às palavras de Streck: “Não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a cooriginariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobretudo, a autonomia do direito. Isto porque a moral regula o comportamento interno das pessoas, só que esta “regulação” não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 509-510).

<sup>119</sup> Segundo Habermas, a Igreja tinha atingido uma proeza impossível de se repetir na contemporaneidade: o amálgama eclesiástico operava como aglutinador dos interesses sociais, estatuinto valores, onde o *alfa* e o *ômega* traduziam o ideal de vida boa. A pluralização dos valores, dos ideais e dos interesses, por conta do individualismo, da Reforma Protestante, do capitalismo, do racionalismo trazido pela Revolução Científica e do humanismo explodiram as cosmovisões humanas, tornando-as heterogêneas (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito**

humanos não mais puderam lançar mão de argumentos divinos, assertóricos. Daí a necessidade de um (novo) espaço comunicativo. Dessa forma, “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.”<sup>120</sup>

Este mesmo projeto faz exigência que os sujeitos de direito operem em um mesmo nível comunicativo, capaz de produzir contextos discursivos intersubjetivos, aptos a tornarem atos de fala individualmente considerados em consensos coletivamente determinantes.

Opta-se, assim, pela mesma sequência adotada por Habermas em sua obra **Direito e democracia: entre facticidade e validade** (Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats), pela razão de permitir uma reconstrução mais intimamente conectada com naturalidade da proposta habermasiana, que, segundo Souza Cruz, surge,

[...] pois, com a pretensão de ajustar definitivamente a proposta de Habermas à filosofia da linguagem, de forma a enquadrar-se em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro para a civilização. Ao mesmo tempo, [pretende] imiscuir-se no projeto racionalista como uma alternativa a uma ética substantivista neo-aristoteliana, própria do comunitarismo, ou da ética lockeana, afeta ao liberalismo econômico, na concepção das sociedades contemporâneas e de seus respectivos ordenamentos jurídicos.<sup>121</sup>

Assim, inicialmente, a gênese procedimental exige uma troca de compreensão acerca daquilo que determina a ação, do/e no indivíduo. Essa percepção encaminha o entendimento no sentido de compreender por que e como uma teoria discursivo-procedimental do direito é possível.

Sem um mínimo de revolucionismo, não há como proceder. Daí a quebra substitutiva que Habermas sugere, inicialmente, entre razão prática e razão comunicativa. Desse ponto, migra-se à compreensão do *medium* linguístico propiciado pela virada linguística.

---

**brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139). Daí a razão para o questionamento habermasiano assumir o *core*, ponto chave de sua preocupação: “Em tal situação, agudiza-se o seguinte problema: como integrar socialmente mundos da vida em si mesmo pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco do dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 46.)

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>121</sup> SOUZA CRUZ, *op. cit.*, p. 132.

## 2.1 RAZÃO PRÁTICA E RAZÃO COMUNICATIVA: DA INTERSUBJETIVIDADE DO MEDIUM LINGUÍSTICO AO LINGUISTIC TURN

*O liberalismo político (defendido por mim na forma específica do republicanismo de Kant) entende-se como uma justificativa não-religiosa e pós-metafísica dos fundamentos normativos do Estado constitucional democrático. Essa teoria enquadra-se na tradição de um direito racional que dispensa as fortes presunções de ordem cosmológica ou de história da salvação em que se baseiam as doutrinas clássicas e religiosas do direito natural.*  
- Jürgen Habermas<sup>122</sup>

O primeiro passo versa sobre uma troca ou substituição. Jürgen Habermas, ao estudar a insustentabilidade da razão prática<sup>123</sup> pós-filosofia do sujeito, percebe que os caminhos da realização intersubjetiva carecem de fundamentação filosófica; soam insuficientes diante da secularização. A razão prática esbarra em um confinamento natural-essencial do sujeito, o que arrasta a situação para o epicentro do embate individualismo *versus* intersubjetivismo (ou filosofia da consciência *versus* filosofia da linguagem), pois, segundo o filósofo alemão, não haveria “mais condições de fundamentar os seus conteúdos na teleologia da história, na constituição do homem ou no fundo casual de tradições bem sucedidas”<sup>124</sup>.

A questão fundamental de Kant, então, aparece de forma atual. O “como se age” está intimamente conectado com o “como se conhece”, pois a dualidade ‘razão

---

<sup>122</sup> HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2007. p. 27.

<sup>123</sup> Razão prática pode ser entendida como a faculdade subjetiva que tem a pretensão de orientar o indivíduo no campo de suas ações. Como fica adstrita ao sujeito, tem como limitação as macroações, delineadas por relações intersubjetivas. Kant considera a razão prática aquela que navega no âmbito moral do homem, onde o problema da realidade tem sentido e lugar de ser pensado. Melhores esclarecimentos em: MOREIRA, Luiz. Direito, Procedimento e Racionalidade. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 179 e ss. Hermeneuticamente, esta cisão entre razão prática e razão teórica merece reparo. Para Gadamer, a relação entre teoria e prática é condicional, uma para com a outra, e não polarizada: “Nós não estamos colocados diante da escolha quanto a se queremos ser deuses ou homens. A relação entre racionalidade teórica e prática, *sophia* e *phronesis*, é muito mais uma relação de condicionalidade recíproca. Isso fica claro no 13.º capítulo do livro 6 da **Ética a Nicômaco**, e é a partir daí que é preciso compreender as exposições ao final da ética, festejando o ideal de vida teórica. Como somos homens e não deuses, mesmo a ‘segunda melhor forma de vida’, a práxis, também não é nada que alguém que vive na teoria teria o direito de ignorar. Inversamente, porém, também não há nenhum homem prático que não fosse também teórico (a única diferença é que eles o são na maioria das vezes de modo ruim). A distinção conceitual entre *sophia* como uma virtude apenas teórica e *phronesis* como uma virtude prática é artificial e só é realizada por Aristóteles em função da clarificação conceitual” (GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 256-257).

<sup>124</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 19.

teórica-razão prática' exprime também a dualidade racionalidade-sensibilidade, categorias de Kant. Observe-se que Habermas está levando em consideração a “quebra da ponte”, mesmo aspecto de que fala Ernildo Stein, quando aponta que:

Este problema clássico da separação entre intuição e inteligência recebeu de cada grupo de filósofos uma solução diferente. Praticamente todos pressupunham uma separação anterior e se propunham a fazer a 'ponte' da experiência sensível para o mundo inteligível.<sup>125</sup>

Essa quebra diz, portanto, da impossibilidade de se assumir uma razão egoística que permaneça a desenhar moldes, formas de conteúdos inteligíveis, exclusivamente de cariz individual. E essa falha deixa em aberto apenas uma hipótese: uma razão generalista, marcada de obrigatoriedades e significados mesmo para os participantes. Tal forma não coaduna com a expectativa de qualquer cientista social que perceba suas limitações enquanto observador.

Em verdade, Lenio L. Streck revela que há um problema de tratamento para com a razão prática. Não há espaço, em qualquer teoria positivista, para lidar com a empiria de uma ação concretamente deduzida. Para ilustrar o exemplo, discorre sobre como Kelsen precisou “purificar” sua teoria do direito em face da incapacidade de lidar com a concretude do real, do cotidiano<sup>126</sup>. Ela não cabe nas estreitas compreensões do universo filosófico<sup>127</sup>. Precisa ser excluída da operacionalização filosófica do direito, por uma questão sutil: ela é pragmática, é empírica<sup>128</sup>. Essa dificuldade de trato força Habermas ao primeiro movimento: fazer sua substituição, conceituar e estabelecer parâmetros para o uso pleno de uma razão comunicativa, ao invés de uma razão prática.

---

<sup>125</sup> STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. Ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 29.

<sup>126</sup> “Com efeito, como já mostrou Warat em priscas eras, Kelsen tem um tributo epistemológico principalmente com Carnap, e isso fica muito claro quando ele, Kelsen, escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da ‘realização concreta do direito’. Com efeito, nos termos propostos por Manfredo Oliveira, também Carnap excluía de sua construção teórica a análise dos enunciados chamados pragmáticos: para Carnap, apenas a sintaxe e a semântica eram as dimensões da linguagem que interessavam ao labor filosófico” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34).

<sup>127</sup> Aqui cabe importante ressalva, em tempo, a fim de evitar mal-entendidos: a razão prática é alijada desta compreensão de filosofia (a da consciência), essa que é a genuína herdeira da cisão filosofia prática-filosofia teórica aristotélica. Por não fazer cisões nem dualismos, a fenomenologia hermenêutica não “teme” conteúdos pragmáticos, pelo contrário, neles se dá. Por ora, deixa-se de explicitar o tema amiúde, o que será feito oportunamente.

<sup>128</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 82-83.

Segundo o jusfilósofo alemão, a razão comunicativa opera por mecanismos diferenciados da razão prática. O campo de atuação da razão de natureza comunicativa se dá no *medium* linguístico estabelecido como conexão entre sujeitos. Essas conexões permitem fluxos estruturantes e delineadores de ações que, ao mesmo tempo, possibilitam e delimitam o agir humano. Na verdade, segundo Habermas, o que se deslocou foi o foco. A razão abandona o sujeito (indivíduo) para diluir-se na interação por eles (coletivamente) produzida. Tal terreno só é fértil em face da linguagem, que permite, mediante pretensões de validade criticáveis<sup>129</sup>, uma busca de entendimento sobre algo no mundo.

Mesmo que posteriormente Habermas venha a reconhecer a impossibilidade de um abandono completo da razão prática, há que se compreender uma construção complementar, e não autoexcludente. Ao que tudo indica, mostra-se impossível conceber uma razão realizada *fora* do sujeito, mesmo que intersubjetivamente<sup>130</sup>. Essa consideração obstruiu, em parte, a pretensão habermasiana de uma razão exclusivamente comunicativa. Daí advém explicar que a razão prática precisa subsistir, mesmo que em resquícios.

A questão que precisa ser alvo de reflexão, nesta quadra da discussão, é aquela disposta a enfrentar o fundamento desta razão prática sobrevivente. Primeiro, é mister entender que essa razão prática já não pode depender exclusivamente de heranças cartesianas. Ao contrário do que diz Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>131</sup>, ultrapassar tal compreensão de racionalidade, como fez Descartes, não significa abandonar o

---

<sup>129</sup> Pretensões de validade criticáveis são argumentos, pretensamente indicadores da verdade, da correção e da retidão. São criticáveis porque racionalmente podem ser discutidos, atacados e defendidos. Pretendem validade porque, se não o fossem, sequer seriam levantados. Os sujeitos que os erigem confiam neles sua racionalidade e interesse. Estruturalmente, críticas e contradiscursos é que possibilitam uma democratização de contextos comunicativos. Somente as pretensões de validade aceitas como válidas é que prosperarão. As demais deixaram de ser consideradas. Essas componentes é que desenham o círculo do agir comunicativo, abordado adiante.

<sup>130</sup> Sobre como a hermenêutica não é irracional por sustentar-se em um paradigma da filosofia da linguagem, superando o esquema sujeito-objeto, ver o próximo capítulo.

<sup>131</sup> A crítica cabe ao ponto trabalhado pelo professor mineiro a partir da p. 24 do seu **Habermas e o direito brasileiro**. Assim discorre ele: “Nesse sentido, o presente trabalho procura demonstrar que Habermas é herdeiro do projeto da modernidade de emancipação do homem por meio do esclarecimento (*Aufklärung*), ou seja, que a única saída para a emancipação humana se centraria na razão. [...] Nessa linha é indispensável citar Descartes, vez que, ver-se-á, mais tarde, um dos mais importantes representantes da Escola de Frankfurt, Horkheimer, que atribui à sua obra a origem dos problemas de dominação e de exploração do homem. Todavia, o autor deve ser compreendido no horizonte científico e nas condições históricas que lhe são peculiares” (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 24-25). Em nenhum momento se diz o contrário, nem Lenio L. Streck assim postula. Não há objeções quanto à importância de Descartes. A questão que se enfrenta aqui é a contextualização da proposta cartesiana diante do paradigma (no sentido de Thomas S. Khun) da Filosofia da Linguagem, que coloca a intersubjetividade como mandamento central. O tema será aprofundado oportunamente.

paradigma racional como um todo. Esse é o levantamento feito pelo professor mineiro, apontando a Hermenêutica Filosófica de cariz heideggeriano-gadameirano como irracional.

O presente tema será objeto de estudo em ponto por vir, porém não se pode deixar de tecer breve elucidação, mormente pelo entendimento pouco preciso acerca da fenomenologia hermenêutica. Gadamer revela que a razão jamais abandonou o projeto filosófico do ser-aí (*Dasein*); ela transmudou-se para uma razão histórica, que se afasta da “liberdade da ação” no sentido de uma decisão solipsista:

Em seu livro *Ser e Tempo*, um livro que fez época, Martin Heidegger colocou a historicidade do ser-aí humano tão radicalmente no centro da filosofia que, juntamente com as ilusões da razão histórica (Dilthey), também se tornou caduca a supressão desesperada das ilusões por parte de Nietzsche. O ser do ser-aí humano é um ser histórico. Isso não significa que ele está presente como o ser-aí da natureza, apenas de maneira mais frágil e mutável do que ela. Tampouco significa que ele se sabe como histórico, que ele possui uma consciência historiológica. Ao contrário, ele só possui uma tal consciência porque é histórico. Ele é o seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele foi. O ideal da compreensão universal é uma falsa abstração que esquece a historicidade.<sup>132</sup>

Os dizeres gadamerianos elucidam o ponto em que a razão do ser-aí deixa de ser analisada no (e a partir do) sujeito estático, cristalizado em termos de tempo e espaço, e passa a ser compreendida em termos de historicidade<sup>133</sup>. Seus projetos e pensamentos são sempre “vítimas” desse evento que tudo antecede e tudo permite: a história (*Geschichte*).

Prosseguindo com a substituição da razão prática pela razão comunicativa, é possível verificar, quanto aos objetivos, um aspecto a ser grifado: a razão comunicativa, diferentemente da razão prática, não pretende determinar aos sujeitos o que *devem* fazer. Ela não é conteudística.

Mesmo que Habermas admita que os sujeitos tenham certas obrigatoriedades em face da razão comunicativa, seu caráter cogente não tem relação com a normatividade impositiva da razão prática. Os sujeitos, no contexto comunicativo, são

---

<sup>132</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 192-193.

<sup>133</sup> Apenas a título de elucidação, imprescindível entender o uso específico e preciso que Heidegger faz de termos habituais, em sentidos não habituais. História (*Geschichte*), neste ponto, diz da “dinâmica de constituição de projetos de mundo a partir daquilo que aconteceu essencialmente no passado, que continua vigente no presente e abre as possibilidades do futuro” e não da comumente verificada “história (*Historie*), considerada como ciência dos eventos do passado” (*Ibid.*, p. 192).

obrigados a empreender idealizações, por exemplo: atribuir significado idêntico a enunciados; levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos; e considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros<sup>134</sup>.

Perceba-se que o sujeito *precisa* entender que os outros indivíduos participam conjuntamente e que são autônomos no levantamento de suas pretensões de validade criticáveis. Essa *necessidade* difere da natureza cogente de fazer/não fazer algo em face de limitações morais. O que é efetivamente necessário para o acontecer do discurso, nesse nível pragmático, por parte do sujeito, é a adoção de uma postura performativa<sup>135</sup>.

Neste momento, há que se fazer um alerta: na construção de sua teoria discursiva, Habermas classifica as posturas comunicante-interpretativas, acreditando no subjetivismo do sujeito cognoscente, que chama de “saber explicativo”. Conceber sucesso próprio (que ele entende conectado a um objetivismo interpretativo antiaxiológico) apartadamente de entendimento recíproco (que ele entende performativo, ou bem comum discursivamente possível) é uma velada aposta na postura dignificada do sujeito pelo discurso fundante, pois acredita que o sujeito assumira tal postura por uma questão de consciência. A rigor, indica a não superação do esquema próprio da filosofia da consciência: sujeito-objeto, algo que será explorado adiante.

---

<sup>134</sup> Trata-se de uma cadeia de pressuposições, indispensáveis para a análise do mérito discursivo. São condições da fala. Antecedentes permissivos do entendimento recíproco (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, v. I. p. 20).

<sup>135</sup> Em **Consciência Moral e Agir Comunicativo**, Habermas conceitua a atitude performativa. Basicamente é a adoção de uma postura menos empenhada no sucesso próprio (não necessariamente de cariz egoístico) e mais comprometida ao entendimento recíproco, de bases compartilhadas. É a forma pela qual o sujeito integra um ambiente de agir comunicativo, enriquecendo a discussão, determinado a produzir um consenso idealizado com os postulados e objetivos do bem comum, antes do seu próprio sucesso. “Quem observa ou opina que ‘p’ ou quem tem a intenção de ‘p’ assume uma atitude *objetivante* em face de algo no mundo. Ao contrário, quem participa de processos de comunicação ao dizer algo e ao compreender o que é dito – quer se trate de uma opinião que é *relatada*, uma constatação que é *feita*, de uma promessa ou ordem que é *dada*; quer se trate de intenções, desejos, sentimentos ou estados de ânimo que são *expressos* –, tem sempre que assumir uma atitude *performativa*. Essa atitude admite a mudança entre a terceira pessoa ou a atitude objetivante, a segunda pessoa, ou a atitude conforme as regras e a primeira pessoa, ou a atitude expressiva. A atitude performativa permite uma orientação *mútua* por pretensões de validade (verdade, correção normativa, sinceridade) que o falante ergue na expectativa de uma tomada de posição por sim/não da parte do ouvinte. Essas pretensões desafiam a uma avaliação crítica, a fim de que o reconhecimento intersubjetivo de cada pretensão particular possa servir de fundamento a um consenso racionalmente motivado. Ao se entenderem mutuamente na atitude performativa, o falante e o ouvinte estão envolvidos, ao mesmo tempo, naquelas funções que as ações comunicativas realizam para a reprodução do mundo da vida comum” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 42).

A seguir, Habermas alerta que a razão comunicativa aponta uma orientação na base de pretensões de validade, mas não determina que atos o indivíduo *deve* praticar, pois “não é informativa, nem imediatamente prática”<sup>136</sup>. Sob tal ponto de vista, a racionalidade comunicativa transcende-se, indo aquém e além da natureza da razão prática. Aquém, pois exige posturas (prévias) visando ao entendimento mútuo, notadamente de acordo com o supramencionado, uma atitude performativa. Além, pois permite, após a adoção de tais posturas, a produção de conteúdos mais profundos que simples assertivas morais e práticas. Relacionado com pressuposições universalistas, os conteúdos produzidos em âmbito comunicativo dizem da consonância entre as pretensões sintetizadas pelo discurso. Universaliza-se, assim, o particular, não por meio da simples coletivização, mas por mimetismo dialético.

Neste ponto, é necessário evidenciar como surge a preocupação com a democracia, no pensamento de Habermas. Despretensiosamente, na intersubjetividade exigida pelo *medium* linguístico, verifica-se que interação é uma ideia mais que presente: é imanente. Desses discursos/fluxos que permeiam o *medium*, surge uma necessidade de um construir participativo e amplo, ou seja, social. Aqui a democracia assenta suas bases, para adiante ser remodelada e reconstruída. Por isso, quando o filósofo alemão trata da razão comunicativa, assim aduz:

Elle toma como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções. Há muitos filósofos da moral e do direito conduzindo seus discursos normativos nesta direção, de uma forma até mais animada que antigamente. Ao se especializarem em questões de validade normativa, no enfoque performativo de participantes e atingidos, eles caem certamente na tentação de permanecer no interior do horizonte limitado de mundos da vida há muito tempo exorcizado pelos observadores das ciências sociais.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 21.

<sup>137</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 22. Há que se considerar que Habermas utiliza duas concepções de poder. Uma de origem weberiana, que concebe o poder como aquilo que autoriza seu detentor a dobrar a vontade alheia, manipulando-a conforme a vontade daquele que dispõe do poder. A outra concepção parte de Hannah Arendt, para dizer que o poder é a sinergia que emana daquele que, de forma não-violenta, conduz o somatório das vontades alheias, num movimento convergente. Habermas faz uso desta segunda concepção, quando fala nos processos de entendimento não violentos. Mas não se pode permitir um entendimento mútuo não-violento, até porque qualquer forma de compreensão alheia ou diversa da pré-compreensão já estruturada é, de alguma forma, violenta. Nesse passo, mesmo Habermas pretendendo a não violência, imbricada em sua ideia ela está.

De fato, valorizar as construções não violentas significa reforçar o caráter democrático (ou seja, segundo seu entendimento, legítimo<sup>138</sup>) do produto ali realizado. A racionalidade da construção revitaliza e legitima o produto, aglutinando o mundo da vida em sociedade. Dentro da perspectiva de participante, Habermas revela que muitos teóricos têm se embrenhado tanto na pesquisa da validade normativa dessa razão comunicativa que acabaram por cair na limitação dos mundos da vida. Tal limitação encontrou declínio desde Durkheim<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Habermas coloca tal questão na primeira aula das *Tanner Lectures*, em 1986, proferida na Universidade de Harvard. Partindo do conceito weberiano de racionalidade jurídica, Habermas explica que o direito desenvolveu uma técnica racional neutra no sentido moral. Os juristas criaram uma sistemática que detém uma técnica própria (racionalidade instrumental), voltada para um fim (racionalidade dos fins) e complexificada pelos conceitos (racionalidade científico-metódica). Mas Habermas observa, em Weber, que nenhuma destas racionalidades pode legitimar sozinha o direito. Todas acabam sendo atravessadas por uma validade deontológica, que não muda conforme as normas. Weber não aceita esse núcleo moral, legitimador do direito, pois vê nesse conteúdo um subjetivismo inaceitável. Evitando retornar a conteúdos jusnaturalistas (metafísicos, portanto), Habermas, assim, desenha uma exigência *procedimental* do direito. Só essa fundamentação exclui o subjetivismo da moralidade, sem cair em metafísicas. Sem ignorar a relação interna entre direito e moral, Habermas imputa a Weber a incompreensão de que estruturas morais não necessariamente trazem conteúdos morais, o fundamento do procedimento, pois. Nos dizeres de Luiz Moreira: “[...] quer dizer que a pergunta pela racionalidade do sistema jurídico incorpora uma nova dimensão: de uma racionalidade procedimental prático-moral. Ou seja, a racionalidade jurídica se dá mediante um procedimento aberto à moralidade que se põe como esfera deontológica” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 72). Assim, a legitimidade advém da estrita observância formal deste procedimento-fundamento, que faz base objetiva o suficiente para recepcionar conteúdos morais sem o risco de subjetivismos. Daí Habermas explicita: “por conseguinte, se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade por ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 203). Em resumo, o produto de um processo legislativo amplo e simetricamente democrático representará a soberania de um povo em lei. Este diploma legal gozará de ampla legitimidade porque: (1) respeitou processo democrático de legislação; (2) partiu de iniciativas populares; (3) representa a vontade soberana do povo; (4) obteve participação simétrica de todos os sujeitos de direito; e (5) é a materialização democrática do princípio da autolegislação. Esse conjunto de argumentos preenche a lei de legitimidade. Essa demonstração da relação direito e moral, porém, será melhor trabalhada adiante. Por ora, é necessário refletir que, em contextos de democracia representativa de modernidade tardia, o objeto legislado cada vez mais se distancia do ideal pretendido socialmente, se é que há alguma forma de atingir consenso valorativo. O social (desatento aos reclames da autonomia do cidadão) é incapaz de organizar (suficientemente) suas pretensões e elevá-las ao patamar de pretensão de validade comunicativamente formada. Consequentemente, a pretensa legitimidade pela legalidade se desonera de sua responsabilidade republicana.

<sup>139</sup> As ciências sociais trataram de se evadir do objeto estudado, cada vez mais, para certificar-se da produção de um todo científico não comprometido com a sociedade estudada e com pré-noções do pesquisador (imparcial), mas, sim, comprometido com a verdade hipoteticamente construída. A limitação de que Habermas fala é justamente essa visão de senso comum, de participante, e não de observador. É o famoso ímpeto de “objetivar” que tanto ocupou Émile Durkheim em **As regras do método sociológico**. A conjuntura global de Durkheim exigia uma obra desta natureza, eis que a sociologia precisava se desprender de outras ciências que antes ocuparam seu objeto. Afastar-se do

Há que se perceber o quanto é valorativa essa troca de razão prática pela razão comunicativa em Habermas. Verificar-se-á, adiante, como é crucial para o filósofo alemão substituir algumas pré-noções etnocêntricas para se reconstruir o caminho democrático de amálgama não eclesiástico entre faticidade e validade. No contexto da obra, e mais, no da teoria, a troca das razões justifica/instrumentaliza as possibilidades procedimentais e discursivas do direito.

No entanto, um problema pendia de resolução: se, ao abandonar a razão prática e adotar uma postura comunicacional em seu lugar, reconhece-se que a razão de cunho comunicativo não tem a mesma intensidade cogente em dirigir a ação humana, qual força delineadora da ação fornecerá linhas guiadoras? Para Habermas, a resposta chama-se *agir comunicativo*<sup>140</sup>.

Para explicitar a questão, imperioso mencionar que Habermas faz uso de sua Teoria do Agir Comunicativo, lançando mão, principalmente, do seu entendimento acerca da *linguistic turn*. Assim, ao assimilar a razão comunicativa em prática, o filósofo alemão trata de reconstruir a guinada linguística, desembocando na ideia do agir comunicativo.

A guinada linguística possibilitou um reendereço da linguagem no panorama teórico-filosófico. Significa dizer que a “terceira coisa” (era o papel da linguagem: como elo cognitivo entre falante e ouvinte) assumiu um papel de “elemento primeiro” (a guinada fez da linguagem o ambiente, que tudo antecede, que tudo permite). Compreender tal guinada possibilita compreender esse novo papel assumido (ontológico), que abandona a concepção de mera ciência (linguística) para ocupar um papel transcendental, muito além das antigas fronteiras.

Nesse sentido, a linguagem pós-guinada assume um papel semelhante à história. Deixa de ser ciência (dentro de uma compreensão epistemológica

---

senso comum e delimitar um campo científico (bem como seus instrumentos e métodos) foram os principais objetivos de Émile Durkheim em: DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Eduardo Lucio Nogueira. 9. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

<sup>140</sup> O presente trabalho não pretende investigar amiúde os contornos da *Theorie des kommunikativen Handelns*. Para tanto, far-se-á, adiante, aprofundamento minimamente suficiente para não comprometer a compreensão da cisão discursiva. Assim, por ora, cabe compreender o objetivo da colocação do agir comunicativo no seio da teoria discursiva habermasiana: “A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexos interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto um nexos entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 25).

tradicional), deixa de ter objeto definido, deixa de ter um espaço delimitado e passa a atravessar o conhecimento. Dentro dessa peculiar percepção, não se falará na linguagem do direito, da medicina, da biologia. Somente se conceberá a linguagem no direito, na medicina e na biologia.

Tratar-se-á, a seguir, da leitura habermasiana de como partiu e como se desenrolou a guinada linguística, a qual se precisa compreender para se reconstruir o caminho discursivo de Habermas. Seu entendimento, como durante toda a teoria, completa um encaixe cíclico, que diz muito com o objetivo do filósofo alemão: construir uma teoria do direito em bases discursivas, a partir de um procedimentalismo de cariz prático-moral.

Historicamente, no seio da filosofia, se construíram compreensões/estudos alicerçados em pressupostos teóricos sustentadores, de parâmetros universalistas. Como paradigmas, operados no ambiente filosófico, podem-se elencar alguns exemplos: a dicotomia da razão prática e da razão teórica, em Aristóteles; do inteligível e o fenomenal, em Kant; e do essencial e do aparente, em Hegel; estas duas últimas são citadas pelo próprio Habermas<sup>141</sup>. Esses “panos de fundo” teóricos serviram de teatro em que os atores-filósofos ensaiavam suas teorias. Habermas refere, no entanto, que o século XX foi revolucionário, pois implementou profundas modificações.

Com a queda do paradigma kantiano e hegeliano, a psicologia tomou as rédeas da explicação conceitual ou lógica dos eventos empíricos. Esse “psicologismo” chamou ao combate filósofos irredimidos com tal fatalidade. Dentre os primeiros, levantou-se Gottlob Frege<sup>142</sup>. Frege considerava inconcebível que pensamento e representação significassem a mesma coisa. Representação é individual, de forma que cada indivíduo exterioriza de uma forma. Pensamentos ultrapassam sujeitos e, mesmo que sejam partilhados por mentes individuais, são absolutamente os mesmos pensamentos.

---

<sup>141</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 27.

<sup>142</sup> “Frege resume a objeção central na seguinte tese: ‘Há uma diferença entre nossos pensamentos e nossas representações.’ [FREGE, G. **Logische Untersuchungen**, 1966, 49]. Representações são sempre minhas ou tuas representações; elas têm que ser atribuíveis a um sujeito identificável no espaço e no tempo, ao passo que os pensamentos ultrapassam os limites de uma consciência individual. Mesmo que sejam apreendidos por sujeitos diferentes, em lugares e épocas distintas, eles continuam sendo, de acordo com o seu conteúdo e em sentido estrito, os mesmos pensamentos” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 27-28).

Representações são as expressões de pensamentos<sup>143</sup>. Da mesma forma, são elementos de uma estrutura gramatical que permite a comunicação. Segundo Habermas:

Ambs os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências de um indivíduo, podem indicar que certas expressões lingüísticas têm *significados idênticos* para usuários diferentes. Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregadas.<sup>144</sup>

Essa inteligibilidade de supor que haverá compreensão idêntica é que possibilita que as mesmas expressões guardem os mesmos significados em situações diacrônicas e sincrônicas diferentes, ou seja, consideradas em um mesmo espaço em épocas diferentes ou em uma mesma época em espaços diferentes, respectivamente.

Trata-se, assim, de uma relação de coisa-em-si e representação-da-coisa, ou *type* e *token*, como Habermas denomina<sup>145</sup>. Na verdade, vê-se uma readaptação da antiga dicotomia da esfera da essência e da esfera da aparência, provinda de Hegel. O mesmo aparece na dicotomia entre conceito (objeto) e suas formas de manifestação (signo).

Em toda transmissão de pensamentos, via proposições, formuladas em expressões lingüísticas assertivas, o receptor processa duas compreensões

---

<sup>143</sup> A explicação de Manfredo é bastante elucidativa: “No tempo de Frege, não se tinha muita clareza acerca da natureza própria da dimensão lógica do conhecimento humano e, sobretudo, havia uma confusão muito difundida entre o lógico e o psicológico, o que se denominou *psicologismo* em lógica. Na história do nosso pensamento contemporâneo, E. Husserl é apresentado como o pensador que teve o maior mérito de atingir clareza neste ponto. No entanto, a contraposição de Frege ao psicologismo é anterior a Husserl e, hoje, se pode saber da influência de Frege sobre o pensamento de Husserl. A psicologia preocupa-se com o que é subjetivo, isto é, com as *representações* ou *ideias* que surgem em nós por meio das recordações das impressões sensíveis e atividades que produzem uma imagem interna. Essa imagem é, muitas vezes, perpassada de sentimentos e é essencialmente subjetiva, ou seja, a imagem de um não é imagem do outro. Por isso, a imagem se distingue essencialmente, por exemplo, do sentido de um sinal que pode ser propriedade de muitos (objetivo). A lógica se põe na dimensão da objetividade, enquanto a psicologia se dedica ao puramente subjetivo. É dentro desta preocupação que Frege procura um esclarecimento e aprofundamento das *conexões lógicas* no campo da *predicação elementar*” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 60-61).

<sup>144</sup> HABERMAS, *op. cit.*, p. 28-29.

<sup>145</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 29.

polarizadoras: “pergunta-se se ele [o pensamento] é verdadeiro ou falso”<sup>146</sup> e, depois, se é válido ou inválido. Daí extrai-se que todo ato de pensamento tem um momento afirmativo e um momento crítico. O primeiro formula a substância do pensamento e o segundo avalia sua forma. Aqui, Habermas denuncia um erro que chamou de “interpretação platônica do significado”. Significa o personificar do pensamento, proposições ou estados de coisas, ao ponto de eles criarem uma nova esfera na ordem hegeliana: a das configurações ideais atemporais, contraposta tanto à esfera da essência como à esfera da aparência<sup>147</sup>.

Para que a comunicação seja possível, torna-se imperioso que a relação entre *type* e *token* seja ideal, geral. Sinais linguísticos e regras gramaticais sustentam esse esquema universal. Essa idealidade acaba por introduzir uma ideia de verdade, ou pretensão de correção interpretativa. Para superar Frege na análise linguística formal, Habermas é incisivo em diferenciar a *idealidade da generalidade do significado*<sup>148</sup> e a *idealidade de validade valorativa*<sup>149</sup>. Por tal razão, Habermas traz Peirce, para completar a guinada linguística.

Charles S. Peirce adiciona às compreensões de linguagem uma dimensão ontológica, incluindo na análise formal o uso cotidiano da linguagem, capaz de explicar conceitos como *real* e *verdadeiro*. Essa interação possibilita à afirmação um

---

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>147</sup> Este trecho, em detalhada análise, demonstra que Habermas empreende um esforço teórico-filosófico para ultrapassar a linha da filosofia da consciência, visando eliminar a existência de algo simplesmente pela manipulação de um conceito. Quem analisa um conceito não pensa, necessariamente, em algo existente. Ou o simples pensamento sobre algo não cria e compartilha esse algo. Diz ele: “O sentido veritativo não pode ser confundido com a existência. Caso contrário, seríamos induzidos, do mesmo modo que Frege, Husserl e mais tarde Popper, à interpretação platônica do significado, ou seja, estaríamos afirmando que os pensamentos, proposições ou estado de coisas contêm um ser ideal em si.” (*Ibid.*, p. 30).

<sup>148</sup> Idealidade da generalidade do significado é o primeiro nível de idealização exigido para a perfectibilização da sistemática comunicativa, pós-*virada* linguística. Essa idealização se faz necessária para que exista certo grau de comunicabilidade. Conceitos e juízos precisam de conteúdos gerais para permitir o reconhecimento intersubjetivo. Caso contrário, não haveria compreensão intersubjetiva. Como todo pensamento representado em proposição precisa ter um caráter assertórico (ou afirmativo) este se faz na idealidade da generalidade do significado. Sem tal idealização, os sujeitos são incapazes de se entender sobre algo no mundo, bem como atribuir valores idênticos a signos diferentes, permitindo-lhes diagnosticar mal-entendidos. Mais pode ser obtido em: *Ibid.*, p. 30.

<sup>149</sup> Idealidade da validade valorativa (ou veritativa) é o segundo nível de idealização exigido pelo sistema comunicativo. Trata-se de considerar válido o ato de fala do *alter*, bem como supor a validade, e sustentar, se necessário, dos seus próprios atos de fala. O sujeito pode recepcionar um ato de fala alheio, mas compreendê-lo e considerá-lo não são primados cogentes. Ele precisa antes considerá-lo verdadeiro, do ponto de vista substancial. Costuma ser considerado em dicotomia do tipo sim/não, compreendido como válido ou inválido (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 29-31).

juízo crítico e uma (nova) construção argumentativa para validar algo tido (anteriormente) como inválido. No final, verificar-se-á um “acordo racional da comunidade de interpretação em geral”<sup>150</sup>. Com tal base, Habermas implementa:

Peirce entende a verdade como aceitabilidade racional, isto é, como o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico.<sup>151</sup>

Sob o ponto de vista peirciano, portanto, verdade é o fruto de um consenso construído coletivamente (o que não significa, *ipso facto*, democraticamente). De fato, para transpor tal idealização ao contexto empírico de uma sociedade complexa, é preciso instituir uma comunidade de investigadores, ou seja, um complexo social composto por sujeitos autônomos e capazes de refletir e produzir atos de fala defensáveis sob o ponto de vista argumentativo. Habermas reconhece tal aspecto ao imputar à Peirce o termo “república de eruditos”<sup>152</sup>.

Na verdade, Habermas foi além da pretensão peirceana. Ao imputar nos particulares a pesada carga da autonomia (recorde-se, neste ponto, tudo sobre a aposta da Escola de Frankfurt no projeto inacabado do *Aufklärung*), o filósofo em tela procurou suporte na filosofia da linguagem para justificar seu endereçamento de contingência: a verificação da validez é tarefa intersubjetiva, não solipsista. Peirce, quando analisa a verdade sobre o ponto de vista linguístico, não se ocupa da medição fática do sentido verdadeiro de algo, de forma *ad hoc*. Seu foco é a cientificidade da transmissão da informação via linguagem. A relação triádica, infinita em direção ao futuro, bem como retroativamente, diz do transporte do signo, entre o objeto e o interpretante. Se o signo transporta informações do objeto até a mente cognoscente, para formar um interpretante, então haverá comunicação, não necessariamente *a*

---

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 32-33.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 34. Corroborando, Luiz Moreira explica: “Embora Peirce tenha em mente um entendimento em uma comunidade comunicativa de pesquisadores (república de eruditos), na proposta habermasiana, as condições de entendimento sobre algo no mundo têm como fim a busca para a validade de suas pretensões. No entanto, essas regras, comuns tanto à república dos eruditos como à prática comunicativa cotidiana, possuem a mesma unidade básica. Por conseguinte, a prática comunicativa cotidiana alarga o aspecto das pretensões de verdade, uma vez que o alcance do conceito da linguagem compreende todas suas potencialidades e a relação com o mundo, de modo a constituir-se como pretensão de validade [...]” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 109).

verdade<sup>153</sup>. É o problema mencionado por Karl-Otto Apel, chamado de “falácia abstrativista”, quando tratava da relação interna entre o significado das sentenças e a verdade do que elas exprimem<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> A relação triádica funciona, grosso modo, da seguinte forma: um objeto determina a um signo algumas informações acerca de sua natureza. O signo transporta essas informações até a mente humana cognoscente. Nesta mente se produzirá um interpretante, que é a compreensão de algo sobre o objeto, transmitido pelo signo. É infinita porque o objeto torna-se signo novamente, formulando e transmitindo, via signos, todas as suas informações e características. O próprio signo torna-se também objeto, e dele partirão outros signos que dele transmitirão outras informações e propiciarão novos interpretantes. Por sua vez, os interpretantes transformar-se-ão em signos e transportarão informações oriundas dos objetos (que antes foram signos). A complexidade da relação triádica vai muito além do aqui exposto. Até porque signo, além de determinar o interpretante, é também o nome que Peirce dá para toda essa relação semiótica. Muito importante ressaltar que, como o signo representa o objeto, não pode a ele se igualar, sob pena de ser outro objeto e não um signo. Isso significa que o conteúdo verdadeiro (ou real) de um objeto consegue ser apenas parcialmente delineado pelos signos dele partidos. E assim, obviamente, os interpretantes por eles gerados nunca condizem, efetivamente, com a plena e concreta verdade (o objeto alvo do conhecimento). As barreiras residem na incompletude do signo e na conseqüente incompletude do interpretante por ele gerado. Estribada em Peirce, diz Lucia Santaella: “A cadeia triádica ou semiose é a forma lógica de um processo que revela o modo de ação envolvida na cooperação diferencial de três termos. O modo de ação típico do signo é o do crescimento através da autogeração. O signo, por sua própria constituição, está fadado a germinar, crescer, desenvolver-se num interpretante (outro signo) que se desenvolverá em outro e assim indefinidamente. Evidencia-se aí a natureza inevitavelmente incompleta de qualquer signo para o qual é transferido o facho da representação. Nessa medida, o interpretante realiza o processo da interpretação, ao mesmo tempo que herda do signo o vínculo da representação. Herdando esse vínculo, o interpretante gerará, por sua vez, um outro signo-interpretante que levará à frente, numa corrente sem fim, o processo de crescimento. [...] Como se pode ver, a ligação do signo ao objeto se dá *sob algum aspecto ou qualidade*, quer dizer: o signo está ligado ao objeto não em virtude de todos os aspectos do objeto, porque, se assim fosse, ele seria o próprio objeto. Pois bem, ele é signo justamente porque não pode ser o objeto. Desse modo, haverá muitos aspectos do objeto que ele não tem poder de recobrir. O signo estará, nessa medida, sempre em falta com o objeto. Daí sua incompletude e conseqüente impotência, sua tendência a se desenvolver num interpretante onde busca se completar.” (SANTAELLA, Lucia. **A Teoria geral dos signos: como as linguagens significam as coisas**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004. p. 29-30).

<sup>154</sup> Tratando da dita relação, que demonstra a incapacidade de superação do modelo metafísico clássico, Apel assim aborda o tema: “Sea como fuere, la citada proposición de *Tractatus* parece traer a colación más bien una posición algo diferente, que está más cercana a Frege (y a Bolzano). En efecto, en la oración que dice: ‘Entender una oración significa saber qué es el caso cuando ella es verdadera’, se deja enteramente indeterminada la cuestión si es también posible de hecho, o en principio, *verificar* toda oración susceptible de ser verdadera. Conforme al *Tractatus*, el que uno pueda saber *lo que es el caso*, sobre la base de la comprensión de una oración verdadera, se funda en la función representativa de las oraciones elementales verdades que ha sido postulada *a priori*, y en la lógica de las funciones de verdad que hace posible la comprensión de las oraciones más complejas. (De hecho ha sido mostrado también por Karl Popper, y antes ya por Charles Peirce, que los *enunciados de leyes universales* por ejemplo, en principio no pueden ser nunca definitivamente verificados. [...]) Según mi modo de ver esta tesis *cobra sentido* sin embargo solamente bajo un *determinado* presupuesto: bajo el presupuesto que en Tomás de Aquino está dado por sobreentendido, a saber: que existe por cierto, de todos modos, como sujeto del conocimiento y de esta manera también de la verdad, el ‘*intellectus divinus*’, que crea el mundo al conocerlo y lo conoce al crearlo. Pero se uno prescinde de esta presuposición metafísica, entonces la tesis de Bolzano sobre los ‘enunciados en sí’ que pueden ser verdaderos o falsos, implica una ‘falacia abstractiva’ (‘*abstractive fallacy*’). Por cuanto dicha tesis viene a *hipostasiar*, a la manera platónica, un reino de entidades – a saber: los enunciados verdaderos o falsos en sí –, los cuales pueden ser tematizados haciendo abstracción del conocimiento humano, pero solamente por conveniencia metódica, en cuanto objetos de una *semántica lógico-formal*” (APEL, Karl-Otto.

Compreende-se, assim, do giro linguístico uma troca de percepção: os conceitos e teorias precisam passar pelo *medium* linguístico ao invés de supostamente representarem apenas pensamentos/representações de forma direta. Internalizar essa modificação obrigou todo segmento científico a requestionar suas produções conceituais e teóricas. Trata-se de uma superação da dicotomia de ideia e realidade, que tanto ocupou a tradição platônica, hegeliana e kantiana. A principal atingida é a própria filosofia, que tira a consciência pensante do centro do debate, posicionando a linguagem como *locus* privilegiado de produção de sentido.

Com tais alegações, Habermas demonstra como a tensão entre faticidade e validade se desloca entre os pressupostos pragmáticos de produção autônoma de atos de fala criticáveis e defensáveis argumentativamente.

O giro permitiu extenso campo de trabalho para o *agir comunicativo*<sup>155</sup>, que, em linhas bastante gerais, é “um esforço múltiplo do autor de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos”<sup>156</sup>, próprios de uma aproximação com Apel acerca de uma pragmática transcendental. O objetivo, por sua vez, era o de

[...] identificar reconstrutivamente a racionalidade das regras que qualquer falante, independentemente da língua que utilizasse, deveria dominar para fins de se comunicar adequadamente com alguém e, ao mesmo tempo, construir uma teoria da modernidade que pudesse centrar-se na procura de uma validade do sentido intersubjetivamente constituída.<sup>157</sup>

---

**Semiótica filosófica.** Comentado por Julio de Zan, Ricardo Maliandi e Dorando J. Michelini. 1. ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009. p. 72-73).

<sup>155</sup> Embora a sequência do texto dê linhas gerais acerca da natureza do agir comunicativo, Habermas oferta um trecho interessante em que desenha o que se pode denominar de *agir comunicativo inserido em uma teoria do discurso*: “Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre os planos de ação de vários atores, de tal modo que ações de um partido possam ser ‘engatadas’ nas do outro? Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social. É nisso que consiste o ‘agir comunicativo’” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 36).

<sup>156</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 85.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 85-86.

Mediante uma mescla de diversas teorias e teses (como o construtivismo de Piaget, fruto da teoria do aprendizado; o estruturalismo de Kohlberg, juntamente com os estádios da evolução moral; os atos de fala de Austin, diante dos efeitos locucionários, ilocucionários e perlocucionários; a teoria dos jogos de Wittgenstein; e as regras do jogo de Searle, para ficar nestas), Habermas assimila a *situação ideal de fala* e o *discurso*.

Discurso é a fala destinada a comprovar, a fundamentar pretensões de validade defensáveis argumentativamente. Para que o discurso ocorra, ele exige a situação ideal de fala. Por sua vez, situação ideal de fala é um conjunto, uma série de condições que habilitam o sujeito a participar do discurso:

O discurso pressupõe essa 'situação ideal de fala' que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* linguístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada a compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (...)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.<sup>158</sup>

Presentes essas características, ter-se-á criada a diferenciação entre agir estratégico e agir comunicativo: o primeiro, teleológico, o segundo, consensual. Assim, a partir de uma comunidade de sujeitos de direito, autônomos e participativos, integrada por planos de ação coletivamente assimilados e encaixados uns nos outros pela linguagem, estrutura-se um campo comunicacional (uma rede). Neste, falantes e ouvintes negociam atos de fala produzindo interpretações comuns e harmônicas, ao ponto de gerar integração social (nos termos de Weber, ação social).

Diz-se procedimental, pois o agir comunicativo preocupa-se com intentos não individualistas, de cariz social. Sendo um dos objetivos do agir comunicativo justamente a ação social de cunho integrador, mantenedor da rede da sociedade, a obediência ao procedimento discursivo garante um consenso que tem o poder, ou a altivez, de despreocupar-se com o conteúdo, aos menos *a priori*.

Pois justamente essa (suposta) legitimidade advém da amplitude dos sujeitos participantes da ação comunicativa, que indicará a aderência da sistemática

---

<sup>158</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 89.

comunicativa, que abrangerá todos, *a posteriori*. Com tal aumento, produzir-se-á mais agir comunicativo. Ou seja, trata-se de (liberar e) aproveitar as forças aglutinadoras da racionalidade da linguagem que os sujeitos compartilham para funções de integração social<sup>159</sup>.

O óbice pragmático que afugenta o agir comunicativo chama-se dissenso. As chances de ocorrência, segundo Habermas, tendem a aumentar proporcionalmente com a complexidade da vida contemporânea. Conceitualmente, dissenso pode ser a forma comunicacional improdutiva, sem a possibilidade de produção efetiva de ação social, integrada ou harmônica.

Esquivar-se do dissenso exige posturas, linhas de ação congruentes e convergentes. Atitudes disjuntivas podem trazer o caos às sistemáticas habermasianas. Assim, o agir comunicativo convida os sujeitos a procederem com o fito do entendimento recíproco, antes de qualquer desiderato. Tais caracteres ilustram condições de possibilidade para o *acontecer comunicativo*. Imperioso, portanto, aprofundar tais compreensões.

## 2.2 EGOÍSMO *VERSUS* ENTENDIMENTO: ORIENTAÇÃO DO AGIR E ATITUDES PERFORMATIVA E OBJETIVANTE

No entanto, o filósofo alemão reconhece que os processos que tornam a sociedade mais complexa trazem em si o bojo da ação disjuntiva orientada pela ação de caráter objetivante<sup>160</sup>. O perfil performativo<sup>161</sup> decai em proporção ao crescimento

---

<sup>159</sup> “Assim, a integração social caracteriza-se pelo engate das diversas perspectivas de ação de modo que tais perspectivas possam ser resumidas em ações comuns. Ou seja, no ato de integração social, as diversas perspectivas de comportamento são canalizadas para um fim comum que permite, ao mesmo tempo, tanto a realização de uma respectiva ação como também mobilizá-la no sentido de essa ação gerar adesão. A conexão entre as diversas alternativas de conduta faz com que se crie um padrão comportamental de modo a tornar menos conflituosas as interações entre os agentes. É exatamente a canalização das diversas alternativas de ação que possibilita o surgimento de uma ordem social, uma vez que essa canalização reduz as alternativas a uma medida comum que passa a estabilizar o risco do dissenso” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 110).

<sup>160</sup> Conceitos já trabalhados acima. De toda sorte, aprofundamentos podem ser realizados em: HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 164-172.

<sup>161</sup> Segundo o próprio filósofo alemão, “A prática cotidiana orientada pelo entendimento está permeada de idealizações inevitáveis. Estas simplesmente pertencem ao *medium* da linguagem coloquial comum, através do qual se realiza a reprodução de nossa vida. É verdade que cada um de nós pode decidir-se a qualquer momento a manipular os outros ou a agir abertamente de modo estratégico. Contudo, nem todos conseguem portar-se continuamente dessa maneira. Caso contrário, a categoria

da complexidade social, principalmente devido ao fim das justificativas normativas metafísicas. Se o catolicismo ortodoxo ainda imperasse, com funções e prerrogativas inquisitoriais, a metafísica ainda firmaria mediação entre a faticidade e a validade. Assim, Habermas justifica tal preocupação com as fundamentações integradoras normativas de ordem metassocial ou, como ele denomina, “a fusão sacral entre faticidade e validade”<sup>162</sup>.

Com o selo eclesiástico, a tensão (hoje) proeminente entre faticidade e validade deixa(ria) de existir. Tal situação congrega os sujeitos em torno de atos de fala *não* criticáveis, que são os pressupostos religiosos<sup>163</sup>. Nesse processo, a sociedade exige justificações concretas para que a normatividade mantenha seu conteúdo integrador, fato que convoca o agir comunicativo para o centro da teoria da sociedade habermasiana.

Não significa, observe-se, que antes da sociedade complexa não havia sujeitos orientados *exclusivamente* pelo sucesso (egoísmo, no sentido kantiano), em detrimento do entendimento. De acordo com Habermas, historicamente, o direito liberal burguês comportou-se como produto de uma linha evolutiva de direitos subjetivos privados. Leia-se: são frutos de uma herança de ações orientadas pelo sucesso e não pelo entendimento.

O objetivo é demonstrar como e por que o embrião do direito, “enquanto garantidor da liberdade”, vem, desde Hobbes e Kant até a atualidade, calcado em padrões de legitimidade e fundamentação exclusivamente *egoístas*. Kant sofreu a necessidade de cunhar um conceito capaz de *esconder* tal premissa, conhecido por “princípio da democracia”, que será tratado adiante.

---

‘mentira’ perderia o seu sentido e, no final de tudo, a gramática de nossa linguagem desmoronaria. A apropriação da tradição e a socialização tornar-se-iam impossíveis. E nós teríamos que modificar os conceitos que utilizamos até aqui para caracterizar a vida social e o mundo social. Com isso eu quero apenas dizer o seguinte: quando eu falo em idealizações, não me refiro a ideias que o teórico solitário erige *contra* a realidade tal qual é; eu apenas tenho em mente os conteúdos normativos *encontráveis* em nossas práticas, dos quais não podemos prescindir, porque a linguagem, junto com as idealizações que ela impõe aos falantes, é constitutiva para as formas de vida socioculturais” (HABERMAS, Jürgen. **O passado como futuro**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Entrevistado por Michael Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 98).

<sup>162</sup> *Id.* **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, 2003. p. 45.

<sup>163</sup> Levantando-se contra Tomás de Aquino, as palavras de Apel referem-se aos pressupostos que dão “por cierto, de todos modos, como sujeto del conocimiento y de esta manera también de la verdad, el ‘intellectus divinus’, que crea el mundo al conocerlo y lo conoce al crearlo” (APEL, Karl-Otto. **Semiótica filosófica**. Comentado por Julio de Zan, Ricardo Maliandi e Dorando J. Michelini. 1. ed. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009. p. 73). Aborda, portanto, o argumento indefensável racionalmente, que não tem onde perquirir solidez fundante; enfim, o incapaz de ser fundamentado.

No “sistema do egoísmo regulado juridicamente”<sup>164</sup>, Kant concebeu que o eixo conceitual protetivo dos direitos não deveria ser só a liberdade de arbítrio e, sim, a autonomia. Ou seja, com a queda de explicações metassociais, já incapazes de garantirem a respeitabilidade do sistema jurídico vigente, é necessário que os sujeitos de direitos sintam-se na condição de autores racionais das normas que lhes serão, depois, destinadas. Em outras palavras, os mesmos destinatários precisam compreender-se e identificar-se com o produto normativo, e a única forma disso acontecer é por meio da efetiva participação no processo gerador de tais códigos jurídico-normativos. Assim, os papéis de indivíduo autônomo, cidadão e partícipe de agir comunicativo se fundem em um só sujeito, autor e destinatário ao mesmo tempo.

Habermas, ao desenhar esse panorama, prescreve um direito que desponta prontamente dois aspectos: a positividade<sup>165</sup> e a pretensão à aceitabilidade racional. O filósofo alemão descreve a positividade do direito como a capacidade de normatização artificial e, potencialmente, modificativa (ab-rogações, derrogações e revogações), combatendo decisionismos, arbitrariedades e fomentando atividades de integração social<sup>166</sup> como instância que exterioriza a vontade coletiva (legitimidade).

A pretensão à aceitabilidade racional completa a guinada que a positividade inicia. A positividade, sozinha, não integra entendimentos sociais, requisitando padrões de aceitabilidade racional dos sujeitos para só assim descrever um direito legítimo. A simples coerção, despida de entendimento racional, não sobreleva um

---

<sup>164</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 54. O egoísmo normatizado que trata a locução era (e ainda é) visível em vários trechos do ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo constitucional que trouxe a (já anteriormente aclamada pela jurisprudência) função social da propriedade restringiu o âmbito do “poder tudo” para humanizar e socializar as preocupações de ações orientadas pelo sucesso (ou seja, egoístas). Trata-se do inciso XXIII do art. 5.º da Constituição Federal de 1988. Mesmo com tal desiderato, houve manifestações doutrinárias contra a “função social da propriedade”.

<sup>165</sup> “Ora, a positivação do direito, antes apoiado no sagrado e entrelaçado com a eticidade convencional, vai apresentar-se como uma saída plausível do paradoxo e como um mecanismo, com o auxílio do qual uma comunicação não circunscrita pode aliviar-se das realizações de integração social sem se desmentir: através dele inventa-se um sistema de regras que une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão do trabalho” (*Ibid.*, p. 59).

<sup>166</sup> “Na positividade temos duas categorias que merecem destaque: a primeira é que o ordenamento jurídico cria um arcabouço de integração, artificialmente gestado, que detém uma validade hipotética, uma vez que seus elementos podem vir a ser derogados. Essa normatividade hipotética surge com a introdução, em seu bojo, do elemento vigência. A vigência é um elemento temporal que marca o lapso específico pelo qual a norma surte efeito. Quer dizer, a norma jurídica passa a ter uma temporalidade que lhe é intrínseca. Com isso a estrutura mesma da norma jurídica passa a ser modificável em princípio. Essa modificabilidade, no entanto, quer dizer apenas que, com a pressuposição de legitimidade, as normas jurídicas podem vir a ser derogadas quando passarem a não representar a vontade legítima do povo” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 130-131).

sistema de direito capaz de produzir, internamente, integração social<sup>167</sup>. Entende-se necessário, além da racionalidade perceptiva, um componente, qual seja: a legitimidade da coerção. Tal fator exige, além da racionalidade, uma legitimidade antecedente.

Mas como o direito abandona estes discursos metassociais? Como é possível reconstruir um direito cuja pretensão de legitimidade do ícone eclesiástico não mais o compõe? Tais questionamentos impulsionaram o filósofo alemão a justificar tal abandono e reconstruir o direito, a partir de dentro, ciente das interferências do econômico e do político<sup>168</sup>.

É assim que a faticidade e validade, ou factualidade e contrafactualidade geram uma tensão<sup>169</sup>. Administrada pela linguagem, ela precisa ser transposta para o direito, a fim de permitir uma Teoria Discursiva do Direito. Imperioso, assim, refazer uma busca de como é e como se desenhou o direito, desde Hobbes e Kant até hoje.

### 2.3 DESENCANTAMENTO, OBJETIVAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DO DIREITO

O direito sempre obteve posição central na estrutura teórica das produções científicas. Os modelos de dominação/organização do Estado, seja por um lado (Hobbes), seja por outro (Rousseau), sempre fizeram uso da normatividade jurídica para fundamentar teorias. Só com o florescer da economia política de Adam Smith e David Ricardo que o direito foi posto em descanso. Até então, os mecanismos de integração social sempre haviam passado por questões normativas. Marx ajuda a

---

<sup>167</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 60-61.

<sup>168</sup> “É verdade que um direito, ao qual as sociedades modernas atribuem o peso principal da integração social, é alvo da pressão *profana* dos imperativos funcionais da reprodução social; ao mesmo tempo, porém, ele se encontra sob uma certa coerção *idealista* de legitimá-los. As realizações sistêmicas da economia e do aparelho do Estado, que se realizam através do dinheiro e do poder administrativo, também devem permanecer ligadas, segundo a autocompreensão constitucional da comunidade jurídica, ao processo integrador da prática social de autodeterminação dos cidadãos.” (*Ibid.*, p. 62-63).

<sup>169</sup> “Portanto, no seio de uma tensão permanente entre o factual e o válido, entre o paroquial e o universal, a constituição de uma comunidade jurídica autônoma requer o abandono, em tempos pós-metafísicos, de uma razão prática marcada pela filosofia do sujeito. Requer que se aponte para uma comunidade que tem, no entendimento, sua realização. Isso é o que faz Habermas elaborar uma Filosofia do Direito que, pelo agir comunicativo, proporcionará uma guinada sobre a concepção tradicional (e a sua própria) no que diz respeito à constituição da relação entre Direito e Moral. Essa guinada lhe possibilitará uma revisão geral dos fundamentos do Direito e das bases que constituem o moderno Estado de Direito” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 133).

descortinar um mundo não regido por relações normativas, mas, sim, por relações de produção. O direito passa a ser um epifenômeno<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 68-69. É nesse contexto que Niklas Luhmann faz uso da fenomenologia de Husserl para radicalizar a objetivação, mediante a teoria dos sistemas. Considerar os sujeitos como partícipes de múltiplos sistemas simultaneamente conectados e desconectados, propicia um perdimento dos sujeitos. Ao deslocá-las no espaço e no tempo, “todas as realizações de integração, realizadas através da consciência dos atores, perdem seu direito. Todos os vestígios hermenêuticos, nos quais uma teoria da sociedade, que parte da autocompreensão dos atores, ainda poderia encontrar acesso à sociedade, foram apagado” (*Ibid.*, p. 71). Esse novo paradigma passa a ser objeto de diversas ciências. A sociologia do direito parte para o processo de reconstrução de um direito desvinculado de ideologias e subjetivismos. Há uma reconquista de espaço. Não total, pois a descentralização, a complexidade e a contingência impedem processos e discursos hegemônico-totalitários. A palavra de ordem, nesse contexto, passa a ser *objetivar*. Assim a missão da ordem jurídica passa a ser precisa: funcionalmente, cabe somente estabilizar as expectativas de comportamento, por meio do código binário lícito/ilícito. Habermas reconhece a autopoietica do sistema direito, mas é claro ao afirmar que “a comunicação sobre o que seja jurídico e injurídico perde o seu sentido *social-integrador*” (*Ibid.*, p. 74-75). Com a radical objetivação do sistema jurídico, o nexos entre sociedade e direito, bem como a subjetividade da construção discursiva integradora do social reduz-se à cinzas. O direito autogerador e autorreprodutor, servindo-se de fontes próprias, autofagicamente desconecta-se dos demais sistemas *inerentes* à construção legítima do legal e do válido, como é o moral e o político, em nome da *autopoiesis*. Dessa forma, o direito transforma-se no senhor e no escravo de si mesmo, e defenestra o sujeito. Sem a possibilidade de *inputs* e *outputs*, o direito sufoca sua normatividade. A tentativa de descobrir até onde um sistema (que Teubner chama de *espítême*) pode influenciar outro é crucial para definir se o novo modelo de direito pode ou não sustentar-se. Para Habermas, Teubner força a construção de uma ponte entre sistemas, visando desbordar o problema da comunicação. Seja reconstruindo em si ou influenciando outros sistemas, o direito não dispõe de uma “comunicação social geral” (uma capacidade distribuidora de *inputs* e receptora de *outputs*). A tentativa de produzir um ato comunicativo capaz de congrega diferentes epistemes (ou sistemas), para o filósofo alemão, nunca passará de um cruzamento sistemático, incapaz de ser justaposto em uma teoria da sociedade e do direito (*Ibid.*, p. 79). Veja-se que Habermas não crê na linguagem como um canal interligando sistemas. A especialização da linguagem impede comunicações precisas e ricas, justamente porque a simplicidade da linguagem coloquial não perfaz conteúdos complexos em discurso. Por tal razão, Habermas coloca que “evidências empíricas levam Teubner a formular hipóteses que destroem a arquitetônica teórica na qual está interessado. Numa sociedade inteiramente descentrada, não sobra lugar para uma comunicação social ampla, para a autotematização e a auto-influência da sociedade como um todo, por que ela se decompõe centrifugamente em sistemas parciais, os quais só podem comunicar consigo mesmos, em sua própria linguagem específica” (*Ibid.*, p. 80). Essa explosão centrífuga de sistemas parciais choca-se frontalmente com um conceito caro para a teoria discursiva habermasiana: o *mundo da vida*. “O fenômeno da integração social que se articula levando em consideração o nexos entre facticidade e validade ou entre a tensão entre o factual e o contrafactual leva-nos ao conceito *mundo da vida*. [...] No entanto, se o entendimento não estivesse galgado em um agir comunicativo, que, por sua vez, se estabelece a partir de uma ampla base comum de convicções, esse entendimento seria inteiramente improvável. Ora, nossas ações movem-se na base de entendimentos que se formam em um horizonte de sentido não problemático. Esse horizonte de sentido comum age como um maciço pano de fundo consensual que fornece imediatamente um padrão de interpretação espontâneo. É o mundo da vida que propicia as situações de fala, como também o pano de fundo interpretativo o qual se reproduz a partir de ações comunicativas” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 112-113). Trata-se de um conjunto de possibilidades inquestionáveis de comunicação, de forma centralizada, partilhado intersubjetivamente, em condições de liquefazer um *medium* linguístico entre os meios de regulação, calcado em uma linguagem coloquial (generalista, multifuncional, sensível aos macroproblemas – linguagens estranhas), que permite o agir comunicativo. Por tal razão que, no agir comunicativo, a diferenciação não aniquila as capacidades comunicativas, pelo contrário, permite afastamentos e multipolarizações, porém mantém sempre os entes interligados por meio do

Prosseguindo no caminho do desencantamento e da objetivação, Habermas visita as primeiras manifestações pós-metafísicas da justiça, quais sejam: a teoria da justiça de John Rawls (mais abstrata, porém desvinculada de discursos metafísicos), na qual investiga o quão objetiva é sua caminhada e se há ou não ideologia em tal construção, e a teoria da justiça de Ronald Dworkin, que avança em relação a Rawls, pois reconhece uma realidade para, a partir dela, construir uma teoria dotada de exequibilidade. A tarefa de desencantar o direito e reconstruí-lo exige um esforço externo da reconstrução de valores como Estado de Direito e filosofia da justiça (agora pós-metafísicos), bem como um esforço interno, da co-originariedade entre direito e política.

É dessa origem profana que trata o desencantamento do direito. A pretensão habermasiana busca fazer com que a sociologia do direito seja capaz de engatar-se no discurso filosófico da justiça (desinstitucionalizada) e até, como refere Habermas, transcendê-lo (institucionalizando). O desencantamento traz consigo internamente a objetivação, que persegue um ideal científico mais imparcial e comprometido, sem desligar-se da contrafactualidade intersubjetiva do “mundo da vida”.

Em busca de uma forma de compreender o direito como estrutura funcional de integração social, Habermas alerta:

O embate contingente de interesses não é capaz de produzir uma ordem social. Por isso, Durkheim postulou um consenso preliminar sobre valores e a orientação dos participantes através de valores reconhecidos intersubjetivamente, a fim de explicar a formação e a estabilidade de padrões de comportamento. [...] Segundo Parsons, os valores internalizados devem corresponder a valores institucionalizados. Ou seja: os destinatários da norma somente estarão motivados suficientemente para a obediência, quando tiverem internalizado os valores incorporados nas normas.<sup>171</sup>

Habermas faz uso – novamente – de Max Weber e Talcott Parsons para justificar a aderência dos sujeitos aos sistemas normativos. Nesse passo, Habermas

---

nexo linguístico (*medium*). Não se trata, portanto do encapsulamento do direito, como fez Luhmann, segundo Habermas, e, sim, de considerá-lo como meio (conexão) entre sistemas sociais funcionais (poder administrativo e dinheiro) e mundo da vida. A surdez da linguagem coloquial às linguagens especializadas é suprida pelo direito, que perfaz uma comunicação entre códigos especializados e a generalidade (coloquial) do mundo da vida (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, 2003. p. 81-83). É dessa forma que Habermas finaliza sua análise sobre Luhmann e sua teoria sistêmica.

<sup>171</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, 2003. p. 95.

desenvolve um discurso que gradualiza a intensidade da legitimidade, desde os níveis mais baixos, como os mantidos por ordens motivadas teleologicamente, passando por aqueles fixados pela força do costume, até o máximo em termos de legitimidade, que são as ordens que surgem com o prestígio da exemplaridade ou da obrigatoriedade.

O que se verifica é a forma como a determinação da legitimação da ação, em certa instância, guarda profunda relação com o desencantamento do direito. Essa relação reside na motivação (termo-chave em Weber) da ação social e as bases de validade do consentimento<sup>172</sup>. Weber considera as origens dos argumentos e motivos empíricos que dirigem a ação humana: “narrativas míticas, de cosmovisões religiosas, de doutrinas metafísicas, ou têm origem profana, resultando do uso pragmático-teleológico, ético ou moral da razão prática”<sup>173</sup>. Parsons desenha o quadro de outra forma.

Para Parsons, direito e poder político possuem profunda conexão. O Estado impõe aos sujeitos o direito, bem como utiliza seus códigos para estruturar sua própria hierarquia e funcionamento. Circularmente, direito legitimado pelo Estado e Estado legitimado pelo direito giram, fundamentando-se reciprocamente. Nesse caminho, Parsons delinea duas formulações básicas para reorientar o direito nessa sua reconstrução: a positividade e a racionalidade (as quais ele chama de inclusão e generalização de valores).

O direito (agora) positivado, aparando arestas de um novo paradigma social, procura (re)assumir seu papel de integrador, transmutando-se em três campos: (1) o direito assume seu papel integrador e intermediador linguístico entre mundo da vida e subsistemas de regulação (poder administrativo e dinheiro); (2) os conflitos sociais antes resolvidos na confiança e nos costumes passam a ser resolvidos pelo Estado, em

---

<sup>172</sup> Discorrendo sobre a forma como a tensão entre facticidade e validade é pacificada no interior das *instituições arcaicas*: Luiz Moreira descreve: “Essa tensão pode ser encontrada em instituições que detêm o poder. Essas, através de seu poder, atraem, mas também repelem. ‘A ameaça de um poder vingador e a força de convicções aglutinadoras não somente coexistem, como também nascem da mesma fonte mística.’ É exatamente por isso que as sanções sociais detêm um caráter ritual. Muito mais do que um poder secular, a sanção surge como uma cerimônia de purificação que tem o escopo de vingar e assim restabelecer a ligação (religião: *re-ligare*) com uma autoridade estabelecida desde sempre. Daí por que as consequências da ação são secundárias; o que interessa é corrigir o ato através de uma cerimônia em que se oferece à divindade uma compensação pelo dano causado, por isso as oferendas. [...] Entretanto, em instituições arcaicas, a validade confunde-se com o fático, pois, com o mito, que se efetiva através do rito, temos a fonte factual das certezas não problematizáveis, e, assim, as prescrições de conduta surgem da factualidade” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 115-116).

<sup>173</sup> HABERMAS, *op. cit.*, p. 97.

exclusividade; e (3) a generalização de *status* de cidadão a todos, ampliando as possibilidades de exigência de direitos e garantias fundamentais.

Mas tanto Max Weber como Talcott Parsons permitem que o conteúdo normativo-integrador do direito dissipe-se nos níveis de integração sistêmica. Habermas crê na correta construção do conceito de cidadania para evitar tal perda<sup>174</sup>. Note-se que o conceito de cidadania e sua correta compreensão são capazes de reformular a sistemática social de como o direito se reproduz. Grande parte da internalização e pragmática da teoria procedimental do direito se fazem desde a ideia de cidadania, reconstruindo e desconstruindo as concepções acerca do que é ser, efetivamente, um cidadão, sujeito de direitos. É nesse giro que o procedimentalismo mais se desenha, mais se configura e passa a ser estudado agora.

## 2.4 O PAPEL-CHAVE DA CIDADANIA NA (RE)CONSTRUÇÃO DISCURSIVA DO DIREITO

As categorias até então apresentadas demonstram o caminho que Habermas pretende desenhar até o fundo de sua teoria. No cerne, os direitos subjetivos ocupam um local de destaque, pois delimitam a liberdade subjetiva que desenha o papel do cidadão dentro do sistema de direitos moderno.

Visando reconstruir esse caminho (da liberdade subjetiva), Habermas traz o artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, para exibir a conexão com a ideia kantiana de princípio geral do direito. A liberdade de um sujeito é garantida até onde não prejudique a liberdade coletiva circundante.

Assim, Habermas parte de John Rawls, referindo que seu primeiro princípio da justiça estatui que todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente possível de iguais liberdades fundamentais<sup>175</sup>. O conceito de lei da Declaração, a noção kantiana e o postulado de Rawls equivalem-se, eis que exteriorizam características como generalidade e abstração.

Mas um círculo envolve essa sistemática paradoxalmente: o mesmo sujeito de direito que goza de liberdade *conforme* a lei é o responsável pelo exercício de seu

---

<sup>174</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, v. I. p. 110.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.114.

poder de soberania popular ao *produzir* a lei. Desse ponto de vista se explica a legitimidade pela legalidade. O direito só é legítimo quando produzido legalmente (ou seja, dentro dos trâmites procedimentais delineados pela lei), e só há produção de leis se oriundas de uma iniciativa (popular) legítima (direitos políticos). Habermas ressalta que o processo legislativo precisa dessa componente democrática acentuada até a última instância, para a formação de um composto legal, fruto de um entendimento dos sujeitos acerca de sua convivência em conjunto.

Desse ponto, parte-se para a questão pensada por Habermas em relação à constante conexão entre autonomia privada e pública. Mesmo ao tratar do direito subjetivo do cidadão, o filósofo alemão trata de recordar como Savigny pensava a autonomia privada: era o poder próprio da pessoa singular, um lugar onde domina a sua vontade – e é autoridade com o consentimento de todos<sup>176</sup>.

A autorização coletiva para um sujeito usufruir sua liberdade é uma componente da autonomia pública na autonomia privada, no sentido de permissão, concordância. Só em Kelsen o direito subjetivo em geral tornou-se alvo de proteção plena, garantindo ao sujeito a faculdade de exercitá-lo.

Mesmo após a Segunda Guerra Mundial, com a queda da “confiabilidade” do direito estritamente liberal, as conotações entre autonomia privada e moral não se sustentaram. O liberalismo rejuvenesceu e recuperou espaço nas construções estatais, tornando-se pano de fundo de uma capitalização da realidade econômica mundial. O direito subjetivo foi “desfigurado por um modo de ler individualista”<sup>177</sup>, esquecendo do suporte que o reconhecimento social dá ao indivíduo. Esses direitos que os indivíduos se atribuem reciprocamente recebem o nome de direito objetivo (autonomia pública).

Com vistas a isso, Habermas passa a tentar legitimar o direito positivo, ou seja, aquele produzido via procedimentos democráticos de produção de leis. A democracia do procedimento resgata, por sua vez, sua legitimidade na soberania do povo.

As primeiras considerações partem da doutrina kantiana do direito. Kant enumera três princípios (da moral, do direito e da democracia – que chamou de modo de governo republicano), que Habermas compreende em um só, qual seja, o da

---

<sup>176</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 116.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 120.

autolegislação. Esse conceito, explica Habermas, é uma reação à frustrada tentativa de Hobbes em esquematizar um contexto jurídico legitimado subjetivamente.

Reação frustrada, porque Hobbes, ao desenhar o estado de natureza e engendrar o contrato (instrumento liberal-burguês) social como forma de ceder parcela da liberdade subjetiva a um escolhido, falhou em perceber que as posturas determinantes de tais atitudes dos partidos envolvidos eram orientadas pelo sucesso e não pelo entendimento.

Esse fator empurra Habermas a prescrever as únicas condições pelas quais é necessário passar para se atingir uma cooperação protegida, de fato. A primeira trata da reciprocidade. Os sujeitos precisariam compreender “a assumir a perspectiva de um outro e a considerar-se a si mesmos na perspectiva de uma segunda pessoa”<sup>178</sup>. Em segundo lugar, os contratos deveriam ser parciais, fechados entre sujeitos e partidos, para estes, em um segundo momento, repassarem liberalidades naturais. Kant compreendeu, dessa caminhada hobbesiana, que os direitos subjetivos não poderiam buscar, na construção liberal-burguesa, um ideal de fundamentação, o que deveria ser substituído por “leis públicas”.

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta *no interior* do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.<sup>179</sup>

Dessa forma, Habermas conecta o contrato social com a soberania do povo, buscando a fundamentação de um direito moderno. Atualmente, tal desiderato exige discursos mais eficazes e concretos, como os direitos humanos e a soberania popular. Habermas concebeu-os separadamente, dentro de suas particularidades. Kant e Rousseau procuraram compreender um modo em que a teoria moral-cognitiva dos direitos humanos e a teoria ético-voluntária da soberania popular “se interpretassem

---

<sup>178</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 124.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 127.

*mutuamente*”<sup>180</sup>: Kant mais pelo lado liberal dos direitos humanos, Rousseau mais pelo lado republicano da soberania popular.

Habermas aproxima os conceitos da seguinte forma: o sistema jurídico precisa funcionar sob a ótica de um ordenamento preciso e bem construído. As leis de tal sistema exigem, no seu processo de criação, a adoção de uma sistemática procedimental democrática, para permitir que os sujeitos de direito ditem, conforme suas ações orientadas pelo entendimento recíproco de algo no mundo, o conteúdo normativo, de forma que figurem, livremente, como autores deste ato (exercício liberal de usufruto da soberania popular).

Já os direitos humanos podem ser vastamente pesquisados e entendidos como substrato informador do conteúdo jurídico dessas produções democrático-soberanas. Só assim a mutualidade das interpretações será possível. Com o emprego de faculdades é que se transformarão comunidades inteiras de pessoas em autênticos cidadãos exemplarmente considerados. Esse é o princípio aglutinado da autolegislação. O cerne do princípio reside no “conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, e não através de leis gerais.”<sup>181</sup> Compreender os destinatários dos direitos como os próprios autores é a ideia-chave deste ponto.

Para tanto, Habermas afirma que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>182</sup>. Quando emprega a palavra *válidas*, o filósofo alemão pretende legitimar a norma jurídica construída em um contexto participativo-democrático. Só tal premissa consegue debruçar sobre a norma a presente qualidade. Essa validade justifica a imposição e as coerções na desobediência. Se tal validade não estivesse presente, inócua seria a norma construída sem a devida carga democrático-legislativa. Essa norma se dirige a determinados sujeitos. Estes fazem parte de uma comunidade jurídica que Habermas já delimitou como *destinatários*. São, portanto, aqueles que serão atingidos, direta e indiretamente, pela aplicação judicial e social da norma.

Na função de reguladora das relações intersubjetivas, a norma atinge, imparcialmente, sujeitos de direitos que *precisam* obedecer. Precisam porque o *codex*

---

<sup>180</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 134.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 142.

institucionalizado desenha sanções, o que se configura diferentemente do *codex* moral não institucionalizado. O discurso racional é momento do agir comunicativo. Do somatório de sujeitos imbricados em discursos orientados pelo entendimento, diante de posturas participativas, a comunicação atinge seu ápice, acolhendo e distribuindo contribuições, informações e argumentos, sempre *simetricamente*<sup>183</sup>.

Mas como instrumentalizar essa produção válida de normas de ação nos contextos de sociedades complexas? Em uma frase: como garantir que os contextos normativos sejam aptos a aglutinar valores cada vez mais díspares, plurais? A resposta habermasiana caminha no princípio da democracia. Habermas entende que o princípio da democracia “destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito”<sup>184</sup>. Termos como autolegislação, agir comunicativo e validade procedimental retornam para explicar a razão do princípio da democracia. Tal princípio não fundamenta ações subjetivas. Por tal motivo, tem um caráter muito mais formal do que material, ou melhor: sua materialidade consiste em desenhar formalidades. A democracia é tida como uma componente crucial de auto-organização de uma comunidade que pretende ter como válido o objeto legislado. As

---

<sup>183</sup> A simetria exige que o contexto comunicativo considere os sujeitos de direitos igualmente. Proposições emitidas por sujeitos precisam ser admitidas, consideradas, contraditadas e utilizadas em igualdade. Caso contrário, haveria justificada iminência de instabilidade pela errônea distribuição da atenção coletiva. Os pressupostos do agir comunicativo, dessa forma, impulsionam os sujeitos a serem considerados simetricamente. Este termo posiciona no centro da discussão os parâmetros do entendimento, impedindo que venham a pender para qualquer dos posicionamentos polarizados. A simples possibilidade de permitir um posicionamento parcial esvazia o agir comunicativo de credibilidade, depreciando sua legitimidade como instância reguladora da ação humana (em última instância, da ação social). Tanto Rawls como Savigny são exemplos dessa simetria quando afirmam que é direito de todos *iguais* liberdades subjetivas. Sobre o problema da simetria, Álvaro Ricardo de Souza Cruz comenta: “Obviamente o próprio autor percebe que sua teoria deixava o flanco aberto para críticas no tocante a seu caráter transcendental, o que dará causa à sequência de sua obra através da teoria discursiva do Direito. Contudo, mesmo antes disso, a despeito de perceber que na realidade os debates reais fogem às condições ideais de fala, ele entende que tais parâmetros não apenas podem perfeitamente colaborar para o exame da verdade, correção e autenticidade dos acordos tomados no plano privado ou institucional, mas também são pressupostos inerentes à própria comunicação” (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 99-100). A essência do problema das condições ideais de fala vem descrita por Lenio L. Streck: “Veja-se que, 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 a ‘situação concreta’ de que falam os juristas). E isso é intransponível” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135).

<sup>184</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 145.

responsabilidades do princípio democrático são: garantir aos sujeitos de direitos sua efetiva participação, garantir a simetria das contribuições sem distinção alguma, garantir contextos comunicativos capazes de permitir a extensiva utilização da razão comunicacional coletiva e orientar a produção do próprio direito<sup>185</sup>.

Mas Habermas ressalta um aspecto do agir: a produção legítima do direito precisa ser livre e partir da vontade desinteressada do sujeito de direito. Apoiado em Klaus Günther, o filósofo alemão faz uso do conceito de “liberdade comunicativa”, ou seja, a liberdade de posicionar-se ante os proferimentos que levantam pretensões de validade lançados no *medium* linguístico por sujeitos considerados “adversários”. No verso dessa liberdade, reside o dever do singular que levantou o argumento: a necessidade de produzir um discurso plausível de justificação e de defesa argumentativa de sua pretensão de validade.

Nessa senda, Habermas sepulta o egoísmo originário que Kant dissimulou no princípio da democracia. Mesmo que o sujeito de direito não vislumbre teleologicamente um resultado favorável à sua pessoa, em uma decisão moldada comunicativamente, ele pode simplesmente concordar. A racionalidade que o procedimento evoca é capaz de congrega até o agir orientado pelo sucesso (individual), pois verifica, em médio ou longo prazo, um entendimento comunicacional (sucesso coletivo).

Ou seja, a liberdade comunicativa permite que os sujeitos venham a se excluir do processo, mesmo sem justificar-se, simplesmente pelo fato de não acreditarem na sistemática da divisão social do trabalho. Ela carrega o direito à indiferença<sup>186</sup>. O indivíduo possui o direito de renunciá-la.

Na retomada do princípio do discurso, Habermas explica que direito e princípio da democracia só restam separados momentaneamente. Da mixagem entre

---

<sup>185</sup> A última função merece comentário. O princípio da democracia, além de garantir contextos de utilização e exercício do agir comunicativo, precisa determinar os rumos e caminhos do direito. Habermas menciona que não basta a democracia garantir acesso e institucionalizar opiniões. Ela precisa proporcionar a forma que as regras jurídicas adotarão, em face dos contextos modificativos da atualidade.

<sup>186</sup> Desse direito à indiferença tratou José Joaquim Gomes Canotilho em seu **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Nesta obra, comenta a legitimidade dos atos daqueles sujeitos que usufruem seu direito político do voto depositando na urna uma cédula completamente em branco (por isso chamado de “partido dos brancos”). Seja pela descrença, pela falta de opção ou qualquer outro motivo, o eleitor tem o direito de abster-se de contribuir, e tal direito considera-se legítimo. Essa liberalidade é justamente um exemplo da *liberdade comunicativa* que Günther e Habermas tratam. Para tanto, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

princípio do discurso e liberdades subjetivas, surge a forma jurídica contemporânea. Esta, quando institucionalizada, produz o princípio da democracia. Os conceitos de forma jurídica (não institucionalizada) e princípio do discurso (substrato da forma jurídica) constroem a base semântica de qualquer ordem jurídica que se considera legítima<sup>187</sup>. Assim, vinculando essas matrizes, Habermas fundamenta as liberdades subjetivas na forma de direitos humanos<sup>188</sup> e reconstrói uma contedística firme de bases procedimentais.

---

<sup>187</sup> “A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, 2003. p. 158).

<sup>188</sup> Habermas passa a fundamentar toda a sistemática dos direitos subjetivos em bases discursivas. Nesta senda, a mistura entre liberdades subjetivas e o princípio do discurso produz três categorias de direitos: (1) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (2) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (*Ibid.*, p. 159). O primeiro tem influência de Savigny e Rawls, como já elucidado. Todos os sujeitos devem possuir a maior liberdade individual possível, desde que seja igual para todos. Essa premissa guarda relação com a simetria dos participantes do agir comunicativo que orienta os processos de autolegislação em uma comunidade de sujeitos agregados voluntariamente: autores destinatários e destinatários autores. O segundo tópico versa acerca deste caráter voluntário de participação dos eventos de uma determinada comunidade de direito. Não se trata de voluntarismo na estruturação, na produção ou na aplicação das normas. O caráter voluntário reside apenas na participação ou não da comunidade, ou seja, na subordinação ou não de determinado sujeito aos ditames estatuídos, aceitos e produzidos por aqueles que legitimamente impuseram a ordem da forma com a qual se apresenta. O sujeito precisa de um direito à autoexoneração. A vida em sociedade exige do sujeito a aceitação de parâmetros e medidas. O terceiro direito diz respeito aos direitos fundamentais de acesso à justiça e do devido processo legal. Desde que o estado de natureza foi abandonado e o Estado Nacional monopolizou o exercício de dizer o direito, os sujeitos precisaram lançar mão de manifestações públicas para ver seus conflitos dirimidos. O acesso à Justiça passou a ser a forma que o cidadão tem para ver sua pretensão, ao menos, apreciada. O devido processo legal é a garantia de que interesses ilegítimos não partiriam sua pretensão em exequível e impossível. Por certo, se o Estado Nacional retirou dos senhores feudais a possibilidade de dizer o direito, também precisaria manter um canal de comunicação entre partes e juiz. Essa categoria tem um cunho procedimental nítido. Verifica-se que Habermas procurou elencar os elementos sem os quais qualquer ordem jurídica é ilegítima, em qualquer condição espaço-temporal. Por exemplo: o direito da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da vida, da integridade física, da liberalidade, da escolha da profissão, são todos desdobramentos do direito geral às liberdades subjetivas iguais. Da mesma forma, a proibição de extradição, de cassação de direitos políticos (do qual se permite apenas a suspensão), etc., é desdobramento de o direito ter um *status* geral de um membro de uma associação livre de sujeitos de direito. Todas as garantias processuais são seguranças dos sujeitos à livre apreciação de sua pretensão manifestada em processo judicial (ex.: *non bis in idem*, proibição de tribunais de exceção, independência

---

funcional do juiz, devido processo legal, etc.). As três categorias desenham sujeitos determinados à autolegislação. Mesmo como destinatários, precisam sentir-se autores, razão pela qual Habermas formula uma quarta categoria: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 159). A quarta categoria diz respeito ao princípio da democracia. Todo cidadão precisa, voluntariamente, saber que seu direito de participar é exercitável, especialmente em condições simétricas de comunicação, para formular um ordenamento efetivamente legítimo, ou seja, mais comprometido com os ideais delineados em sociedade, conforme pretensões de validade criticáveis e, principalmente, sustentáveis em níveis de argumentação e fundamentação diferenciados. Novamente ideias de autolegislação, destinatários como autores e autores como destinatários, e outros conceitos reaparecem para justificar contextos de agir comunicativo. Quando trata do quarto direito fundamental, Habermas desenha essa transformação de “teórico que ensina os civis a se entenderem e a se reconhecerem em seus direitos reciprocamente” para “os civis se auto-compreendendo, assumindo sua autonomia através da linguagem pré-selecionada do direito, de autores e não só de destinatários de direitos” (*Ibid.*, p. 163-164). Neste ponto Habermas faz um levantamento importante: ele alega que, ao se abandonar as esferas do “eu” e do “tu”, é preciso abandonar a pretensão de entender e avaliar os sujeitos de direitos a partir *desta visão*. Ou seja, são os próprios sujeitos de direito que são capazes de eleger seus valores, eles que têm a titularidade de transformar princípio do discurso em princípio da democracia. Desde que haja racionalidade no *iter*, exteriorização simétrica de liberdades comunicativas e aplicação de princípio do discurso orientado pelo entendimento, haverá uma construção legítima de direitos (embora, neste trecho, não apareça a palavra “etnocentrismo”, a ideia é por demais presente, pois toda história da ciência antropológica foi e é no sentido de afastar-se do conceito segregador e injusto do etnocentrismo; em termos gerais, etnocentrismo é o instrumento humano de ler/ver o outro a partir de valores próprios, ou seja, uma incapacidade de considerar o outro como um todo [homem + cultura]). O conceito melhor trabalhado encontra-se em: ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 1999). Por fim, Habermas descreve a quinta categoria de direitos: “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados anteriormente” (HABERMAS, *op. cit.*, p. 160). Esta categoria trata de uma busca pela igualdade material. Trata-se de pensar a sociedade a partir de um prisma solidário, disposto a ajudar os mais necessitados espontaneamente. As condições (dignas) de vida (social, técnica e ecologicamente garantidas) passam a ser objetivo não de alguns, mas da própria sociedade. Para permitir um uso e gozo pleno dos primeiros quatro direitos elencados anteriormente, mister se faz que os sujeitos tenham possibilidades de chegar em posições diversificadas, independentemente de limitações sociais, econômicas ou políticas. As exigências taxativas das categorias anteriores produzem esse quinto termo, com ordens de caráter formal, ou preventivo, em relação aos sujeitos. Mas Habermas reconhece que a simples teoria e sua fundamentação destas categorias de direitos são incapazes de sustentar sozinhas as complexidades encobertas pelo agir orientado pelo entendimento, com posturas participativas, visando a um processo de autolegislação. “Esses direitos fundamentais têm como escopo avaliar se o ordenamento jurídico é ou não legítimo. Como membros e fundadores de uma comunidade jurídica, os sujeitos de direito dispõem sobre que leis devem regular a sua conduta na base de uma simetria que permite a cada um ter acesso a iguais oportunidades deliberativas acerca de uma pretensão de validade criticável. Assim, a institucionalização das iguais liberdades subjetivas corresponde ao reconhecimento intersubjetivo dos coautores do Direito. À medida que os referidos direitos fundamentais são institucionalizados, assegura-se que a formação discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do sistema jurídico. Determinante, uma vez que a normatividade, proveniente da legalidade, tem de estar acoplada a uma pretensa revogabilidade, toda vez que não se mostrar compatível com os direitos fundamentais ou, ainda, quando contrariar disposição contida na vontade discursiva dos cidadãos. Essa tensão entre o factual e o universal, entre facticidade e validade é estabilizada pelo Direito, uma vez que este realiza, mediante a compreensão discursiva dos direitos, a composição entre direitos humanos e soberania do povo. Em uma palavra, por meio da compreensão de que o direito emana do povo.” (MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 169). É necessário que o componente Estado faça parte desta imbricação, para contribuir e problematizar a sistemática de democraticamente legislar de si, para si mesmo. Ou

Assim prossegue o caminho do filósofo alemão: averiguada como necessária a substituição (ou melhor, a complementarização) da razão prática pela razão comunicativa, e de como a cidadania é conceito-chave para a concretização de uma teoria procedimental do direito, é imperioso compreender como essa sinergia comunicativa se transporta e é assimilada pelo Estado, para retornar aos indivíduos. A norma, o processo legislativo e as políticas públicas são manifestações concretas do poder comunicativo produzido no seio do jurídico e do político. Dessa transição ocupa-se o próximo item.

## 2.5 A CO-ORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO POLÍTICO E PODER POLÍTICO: PODER COMUNICATIVO E PODER ADMINISTRATIVO

Habermas precisa, para explicar o nexos interno entre direito e política, retornar sua ótica investigativa até os primórdios da ciência política e do direito para, juntos, reconstruí-los e assim comprovar sua co-originariedade. O contato é parte-chave, eis que alicerça da própria teoria discursiva do direito. Compreender a ligação interna entre a política e o direito permitirá uma relação entre democracia e legalidade, crucial para o deslinde da lógica habermasiana.

A investigação histórica retorna até Maquiavel, para só então repassar a evolução do conceito de poder. Após Maquiavel, o poder político abandonou sua origem eclesiástica e passou a ser instrumento perspicaz de dominação, objeto do pensamento estratégico dos seus possuidores. O contratualismo de Hobbes forneceu subsídios bastantes para concentrar aquela “anarquia individual” em um canal de poder administrativo centralizado. Assim surge o Estado, dotado de poder administrativo, resultado de um contrato social. E acerca da necessidade do Estado, Habermas comenta:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma

---

seja, admitir que a normatividade é obrigação estatal equivale a acreditar na divisão liberal de Estado e Sociedade. De fato, o Estado é parcela da sociedade, que, mesmo integrando-a, trabalha no sentido de administrar o que pertence à esfera pública. Isso não significa que o Estado é ente apartado, heterogêneo, abstrato e ficcional.

força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados.<sup>189</sup>

Essas são as principais funções do poder administrativo, em Habermas. Nessa senda, o poder passa a ser não *do* Estado, mas exercido *no* Estado. Esses aspectos delineiam o trabalho da soberania do povo, exercida em termos de direito legítimo no seio estatal. E, por mais complexa que a ação comunicativa possa tornar-se, ela sempre exige dos sujeitos (seja individualmente, seja por meio de círculos de comunicação de foros e corporações – coletivamente) um conteúdo que diz com suas opiniões e vontades institucionalmente idealizadas e exteriorizadas. É justamente este fato que impede a existência de um soberano no Estado Democrático de Direito. A legitimidade pretendida por qualquer intervenção democrática subjaz a um processo inevitavelmente descentralizador de poder.

Mas a co-originariedade reside especificamente em um aspecto do direito: a resolução dos conflitos. Nas instâncias resolutivas de conflitos das sociedades tribais, o poder político e o poder jurídico residiam na mão de um mesmo ente. Seja no cacique, no sacerdote ou no clérigo (genuínos conectores do mundano aos deuses, portanto), a designação divina (em última instância, metafísica) determinava aos outros sujeitos que submetessem suas avenças à apreciação daquele mais eloquente. Valores como mérito da decisão ou possibilidade de recurso sucumbiam ante o peso legitimador da autoridade da divindade encarregada de dizer o direito. Assim, o direito era dito, e o político resolvido.

Evolutivamente, esse “rei-juiz”<sup>190</sup> ultrapassa a sistemática de dizer o direito em específicos conflitos intersubjetivos (delimitados casuisticamente) e passa a adotar posturas generalistas e abstratas, alcançando patamares verdadeiramente normativos. O que antes era sentença de efeito apenas entre as partes migra para a magnitude de um efeito (legal) *erga omnes*. Na verdade, este soberano que absolutiza o poder sob sua égide constitui um Estado, emissor de comandos legais e detentor de poder político.

Com estes dois degraus devidamente expostos, a funcionalidade conectiva entre código do direito e código do poder entranha ainda mais os ramos do direito e da política. A função primordial da política de realizar fins coletivos é

---

<sup>189</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 171.

<sup>190</sup> Termo cunhado pelo próprio Jürgen Habermas, que designa um ente que reúne poderes políticos (de rei) e potencialidades jurisdicionais (de juiz) (*Ibid.*, p. 180).

complementada pela função residual do direito, qual seja: a de fornecer meios bastantes para instrumentalizar a organização e execução da cominação política<sup>191</sup>. O direito parte do político para legitimá-lo e mantê-lo. Já a função primordial do direito, que é a estabilização das expectativas de comportamento, recebe substancial auxílio na institucionalização do direito por parte do Estado. Esse acordo cruzado de complementações realça a co-originariedade entre direito e política.

Com o advento do desencantamento do direito, da falência das explicações e fundamentações metafísicas, os conceitos de poder político e de direito, bem com sua relação sofreram um abalo. O tremor foi catalisado pela reviravolta linguístico-pragmática, que exigiu uma reflexividade acerca dos conceitos sustentadores do poder, a iniciar pelo próprio conceito de poder que, segundo composições weberianas, era a “chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas”. Hannah Arendt reposiciona tal conceito sob uma ótica comunicativa, que utiliza “o potencial de uma vontade comum formada numa comunidade não coagida”<sup>192</sup>. Trata-se de afastar, primeiramente, a incidência de qualquer ato violento. Poder e violência não dialogam dentro de uma perspectiva comunicativa.

É na capacidade humana de orientar seu agir pela coerência, sua e de seus iguais, que reside a gênese do poder. Agindo associativamente e coerentemente, se faz poder. Esse conceito, somado com o de liberdade comunicativa, formula a essência do agir comunicativo, orientado pelo entendimento, de postura participativa. Só dessa maneira se produz um direito legítimo, protetor das liberdades políticas.

É dessa forma que força e poder passam a contrastar. Habermas aponta que a ligação entre direito e poder é natural. Porém, a conexão de direito e força rompeu-se desde o contratualismo, que retirou os grupos sociais do estado de natureza e despiu-os da força física para ceder ao *Leviatã* hobbesiano o potencial de canalizar a barbárie

---

<sup>191</sup> A função que se trata neste trecho é justamente o determinismo constitutivo que o direito espalha pela estatalidade. Além de organizar (determinar competências, limitar atribuições, hierarquizar repartições, etc.) e orientar (positivamente ao estatuir diretrizes funcionais e regulatórias, e, negativamente, ao impedir ofensas à autonomia dos cidadãos e impingir-lhes incoerências) a atuação do Estado, o direito também faz o caminho contrário: regula a atuação privada na esfera pública, procedimentaliza o acesso à Justiça e publiciza todo ato praticado na esfera pública. Tem relação com as normas secundárias, que Herbert Hart fala em *The concept of law*. Para tanto, ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 182.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 187.

coletiva contra aqueles que se levantarem em afronta à ordem jurídica. Esse canal é o direito, mas a força deve *decorrer* do direito e não determiná-lo.

A partir desse momento, o único substituto da justiça do direito natural que se legitima a si mesmo, já arruinado, passa a ser *o exercício legítimo de um poder político a partir de uma exteriorização organizada pelo poder comunicativo*. Trata-se da autonomia política individual comunicativamente organizada.

É por isso que o direito, despido dessa construção baseada em um poder comunicativo, carece de normatividade, conseqüentemente de legitimidade. A normatividade do direito e a formação deste poder comunicativo exigem, como único produto inevitável, um direito positivado. Habermas alerta para o fato de que esse poder comunicativo garante uma construção discursiva do conteúdo legal, mas nada diz respeito à sua aplicação e execução, via Estado. Esse papel é realizado pelo poder administrativo, que obedece a padrões diversos do poder comunicacional. Habermas entende o direito como sendo o *medium* pelo qual o poder comunicativo (produtor de um direito legítimo) transmuta-se no poder administrativo (aplicador e executor do direito produzido discursivamente).

Esse poder precisa de um alicerce aplicativo. Este será dado pelo Estado de Direito. O objetivo é claro: desenvolver uma “auto-organização política autônoma da comunidade.”<sup>193</sup> Mas a questão passa a ser: e os desvios de finalidade? O que protege o sistema de usos privados deste poder administrativo? Habermas reconhece essa discussão acerca da representatividade do sistema democrático, que poderia trazer espaços possivelmente usurpáveis pelo abuso do poder administrativo por partidos singulares. E acrescenta a possibilidade de o parlamentarismo fechar tais compotas e admitir um espaço por excelência para representar o corpo social em livres formações simétricas de vontade e opinião, nos termos delineados por C. Schmitt<sup>194</sup>. A problemática, porém, é apaziguada pelo filósofo alemão:

A unidade de uma razão inteiramente procedimentalizada se recolhe então na estrutura discursiva de comunicações públicas. Ela não legitima nem isenta de coerção nenhum consenso que não tenha passado pela reserva falibilista e que não tenha sido exercitado na base anárquica de liberdades comunicativas não-circunscritas. No cambaleio dessa liberdade não há

---

<sup>193</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 220.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 230-231.

mais pontos fixos além do próprio processo democrático – um procedimento cujo sentido já está contido no sistema dos direitos.<sup>195</sup>

É precisamente neste procedimento que reside a importância que se justifica a si mesma: a não existência de pontos fixos implica em apenas um ponto fixo, qual seja, o “próprio procedimento democrático”, derradeiro na luta contra abusos privados. Habermas não encerra nem produz rol dos assuntos legitimados, nem dos sujeitos titulares de tal direito; pelo contrário, o objetivo é convocar todos os sujeitos (inclusive os não circunscritos). É dessa participação, dessa condição simétrica contributiva que a sistemática se nutre, infinitamente.

Verificadas as condições de um fazer comunicativo, o poder comunicativo transforma-se, pelo *medium* do direito, em poder administrativo, ou seja, sob o prisma da teoria do discurso, soberania popular nada mais é que a expressão comunicativa dos cidadãos. Essa confluência de poder comunicativo se perfaz na representatividade das manifestações legislativas, levadas a cabo no seio do processo legislativo. O produto deste processo é o que nutre o direito de legitimidade, que fundamenta e justifica sua aplicação estatal. A este substrato discursivo, estribado em Günther, Habermas dá o nome de *discurso de fundamentação*, o que será analisado pormenorizadamente.

Observe-se que Habermas precisa conceber separadamente o direito aplicado de sua gênese produtiva. O *princípio da ligação da justiça ao direito vigente*<sup>196</sup> é justamente isso. A Justiça (no sentido de órgão aplicador do sistema jurídico institucionalmente concebido) precisa ser separada do segmento estatal legislativo, sob pena de uma autoprogramação que finalizaria, sem escrúpulos, a tensão entre facticidade e validade presentes no seio do direito moderno. Nas últimas consequências, segurança jurídica (primeira manifestação de validade jurídica) e aceitabilidade racional das decisões judiciais (segunda manifestação da validade jurídica) seriam absorvidas pelo ativismo do Judiciário. Numa frase, justo seria o que o juiz dissesse.

Mas a tripartição dos poderes anula (ou deveria anular) tal questionamento. O poder administrativo só pode alimentar-se do poder comunicativo, que, conseqüentemente, só emana do povo (princípio da legalidade). Democraticamente,

---

<sup>195</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 232.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 216.

tem-se um ideal atingido. O mesmo se estende ao Poder Executivo. Este só pode levar a cabo projetos político-ideológicos *de acordo* com o direito. Tudo o que for produzido administrativamente cujo conteúdo contrarie a lei é nulo. Isso impede que o Executivo interfira nos processos legislativos, bem como nos processos judiciais. Tais fatos reforçam o ideal da tripartição dos poderes. Estas duas ideias, citadas acima, demonstram e exemplificam como Habermas se filia à corrente procedimentalista do direito, tal qual mencionado no Capítulo 1.

A tensão, no interior do direito, precisa se ocupar desses contextos. Seja a tripartição, ou as ações comunicativas simetricamente modeladas, pretendem, no âmago da contingência, propiciar, via comunicação publicizada, entendimento. O consenso chama para si um procedimento, segundo Habermas, “cujo sentido já está contido no sistema dos direitos”<sup>197</sup>.

Nesse momento, opera-se uma cisão. Habermas prescreve a importância do procedimento, como garantidor em situações de anarquia comunicacional. Na busca de comprovar a necessidade de um procedimento digno e coerente, Habermas lança importante ponto de vista: a lei democrática passa então a ser caracterizada *pela* “combinação de arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais”. O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori*, aos quais o direito deveria corresponder<sup>198</sup>.

Se as leis são as formas regulativas de transformação do poder comunicativo em poder administrativo, e sua produção se dá no processo eminentemente democrático legislativo, um conteúdo jurídico ali será protegido ou regulado. Esse teor restringe a atuação do Poder Executivo, cujas políticas e projetos precisam respeitar, sob pena da observação dos tribunais, que, por sua vez, também restringem a atuação do Executivo. Neste círculo percebe-se: a interdependência dos poderes, o conteúdo democrático que autoriza a transformação de poder comunicativo em poder administrativo, e principalmente, como o procedimento estanca movimentos nocivos do Estado.

É nesse contexto que Legislativo e Judiciário dividem as tarefas de fundamentar e aplicar o direito, respectivamente. E Habermas é enfático quando ressalta que essa separação de competências deve-se, principalmente, ao fato de que

---

<sup>197</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 232.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 235.

os níveis de possibilidade argumentativa de cada ente restringem-se reciprocamente. Da perspectiva de quem fundamenta a norma, o legislador (e só ele) pode lançar mão de argumentos e produzir seu discurso para obter sucesso nos processos legislativos. Por outro lado, da perspectiva de quem aplica a norma, somente os magistrados podem (na verdade devem) lançar mão de argumentos principiológicos e racionais, para construir sua fundamentação de decisão (o que não equivale a um “discurso de fundamentação”, como se verá). Os juízes não podem dispor, de forma particular e arbitrária, dos poderes que recebem da Administração Pública, quando da investidura no cargo.

A função executiva do Estado também sofre com as restrições legais. As normas, democraticamente, delineiam objetivos coletivos da sociedade, podendo o administrador implementar o que a doutrina administrativista chama do poder discricionário (que Habermas chama de “tecnologias e estratégias de ação”<sup>199</sup>), sem, contudo, perder de vista o interesse público.

Assim, a compreensão procedimental discursiva do direito abandona um padrão liberal-burguês, bem como um padrão social-assistencialista, para reconstruir uma terceira via. Esse padrão estatal importaria em trazer certa estabilidade na tensão entre faticidade e validade do direito, imanente na manifestação jurisdicional: a facticidade manifestando-se no princípio da segurança jurídica, e a validade, na pretensão das decisões corretas.

Habermas visita três concepções do direito para desenhar como elas observam e compreendem essa tensão. A hermenêutica jurídica teve como vitória e avanço a não aceitação da subsunção do fato concreto à norma correspondente. A grosso modo, esta escola propõe um modelo processual de interpretação, relacionando historicamente uma pré-compreensão valorativa que antecede qualquer relacionamento observado. Sobre os ombros do juiz, jaz a *missão hercúlea* de tudo compreender e assimilar. Só assim uma resposta correta será proferida. Em verdade, percebe-se que este compreender da hermenêutica difere-se da concepção heideggeriana-gadameriana da Crítica Hermenêutica do Direito, como se verá no Capítulo 3.

---

<sup>199</sup> Os termos, como postos, devem ser entendidos como discricionarieidade em um sentido administrativo, ou seja, os chefes do Poder Executivo gozam de relativa liberdade na escolha dos *meios hábeis para atingir os objetivos da República*, e não simplesmente adotarem as posturas que *acharem melhores* (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 239).

O realismo jurídico também faz uso de uma concepção histórica da pré-compreensão. Porém, diferentemente da hermenêutica, o realismo utiliza conceitos extrajurídicos como determinantes. Desvincilhando-se abertamente de explicações intrajurídicas, esta escola usa interesses, processos de aculturação, faixa econômica e social, ideologias políticas, etc., para formular uma suposta ideia empiricamente correta do caso concreto. Os procedimentos são seletivamente abandonados e postos de lado, em nome de “um maior comprometimento social”<sup>200</sup>.

Já o positivismo jurídico tem como escopo a estabilização de expectativas, por meio da construção de um ordenamento composto de um segmento material e outro segmento formal<sup>201</sup>, (supostamente) capaz de antever os casos concretos e abstraí-los da realidade, cristalizando-os em normas positivas. O proferir jurisdicional tem sua validade apoiada no respeito ao procedimento juridicamente prescrito pela normatização positivada. Escolheu-se, nitidamente, pela faticidade da segurança jurídica, em detrimento de uma suposta correção. O positivismo é cego para este problema e considera apenas um resultado da imprecisão da linguagem<sup>202</sup>.

Percebe-se que as construções hermenêutica, realista e positivista não alcançam a finalidade de amenizar a tensão entre faticidade e validade imanente no seio do direito. Habermas utiliza as críticas de Ronald Dworkin contra o realismo e o positivismo. Porém quando Dworkin trata da hermenêutica, limita-se a apontar resquícios da razão prática. É o que se depreende do seguinte trecho:

---

<sup>200</sup> Pode-se fazer um paralelo com o movimento do Direito Alternativo, ou Escola do Direito Livre, devidamente abordado em: “Em outra obra não menos relevante, Portanova assevera que *‘é difícil acreditar em algo que possa restringir a liberdade do juiz de decidir como quiser. É preciso reconhecer realisticamente: nem a lei, nem os princípios podem, prévia e plenamente, controlar o julgador’*. E complementa: *‘Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la’*. Em outras palavras, a interpretação (aplicação) do direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador. E essa questão vem de longe, na verdade, do século XIX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito, passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e ao papel destinado ao juiz. Desde Oskar von Büllow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, ‘porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo’, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 270-271).

<sup>201</sup> Ou primário e secundário, como denominou Herbert Lionel Adolphus Hart, em seu **O conceito de direito** (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009).

<sup>202</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 251.

Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e necessidade de decisões “corretas”, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar ao juiz a história de tradições autoritárias com conteúdos normativos; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios.<sup>203</sup>

Assim, Habermas parte da mesma reconstrutividade (principiológica) de Dworkin para chegar a uma conclusão diversa. O filósofo alemão crê em um juiz que reconstrua principiologicamente o direito para atingir um posicionamento correto, porém que o faça calcado em passos previamente determinados pela lei, construída e representante da vontade cidadã de uma comunidade de sujeitos de direito (o procedimento, pois). Isso é que, decididamente, importará em uma decisão correta e esperada, ou seja, legítima. Em uma frase: a aposta no método (metafísico) permanece.

A principiologia utilizada afastaria as indagações decorrentes de colisões normativas e eventuais contradições positivas. O princípio desborda esse problema em face de sua natureza não antecipada (no sentido de não conceitual, não descolado do seu significado), de concepção dworkiana. Aplicação sistemática (coerente) e imparcial desses princípios afastaria as críticas de uma arbitrariedade do juiz (segundo a escola hermenêutica), que, amparado em uma interpretação sistematizada do ordenamento, eliminaria as imprevisibilidades normativas (segundo o positivismo). Isso não significa o extremo oposto: os princípios que desenham o procedimento também precisam de interpretação e aplicação sistematizada e reflexiva<sup>204</sup>. A proposta, portanto, é de rever também a dimensão pragmática de fundamentação do procedimento.

Nesse passo, tal caminho engendra Habermas a distinguir e problematizar a relação entre direito de moral. Desse ponto, trata-se o segmento seguinte. As diferenças entre direito e moral desenham muito da discursividade própria da teoria, realçando o que é direito e o que é moral e, principalmente, onde eles se tocam. Aliás,

---

<sup>203</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 252.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 270-280.

discutir até onde vai o direito acaba sendo um ponto nevrálgico na teoria de Habermas, já que é neste ponto que Apel aponta parcela de suas críticas<sup>205</sup>.

## 2.6 DAS APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE DIREITO E MORAL

*E, durante seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral.*  
-Jürgen Habermas<sup>206</sup>

De início, os conceitos que o filósofo alemão utiliza precisam de esclarecimento expreso. Para Jürgen Habermas, o direito é o “moderno direito normatizado, que se apresenta com pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição.”<sup>207</sup> Já a moral é um sistema de saber informado pela cultura. O direito vai além da moral, pois tem o condão de sistematizar não só o saber (como um texto positivado a espera de interpretação), mas também a ação (complexo regulador e determinante do agir).

Assim, Luiz Moreira assevera:

Embora reconheça as diferenças existentes entre a Moral e o Direito, o projeto habermasiano quer explicitar a relação de complementaridade a partir do nexos existente entre ambos os procedimentos, firmada pela mesma questão: a validade dos resultados obtidos mediante o processo. Isso se depreende porque, nos processos jurídicos, temos uma realização completa das exigências racionais do procedimento, enquanto na Moral essa realização é incompleta. Entrementes, a racionalidade procedimental, própria ao Direito, é passível de ser examinada conforme critérios objetivos, uma vez que, na perspectiva de um não-participante da comunidade jurídica, é possível aferir se as decisões tomadas estão conforme ao processo ou não, se obedeceram ou não as regras estabelecidas. No caso da Moral, a racionalidade procedimental é incompleta, pois só na perspectiva de um participante pode-se aferir sua moralidade, uma vez que não existem critérios objetivos para tal julgamento. Sob o ponto de vista de uma racionalidade procedimental, poder-se-ia dizer que Direito e Moral distinguem-se.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Especificamente organizadas por: MOREIRA, Luiz (org.). **Com Habermas, contra Habermas:** direito, discurso e democracia. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel de Claudio Molz. Revisão de Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>206</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 193.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>208</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas.** 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 78.

Na fundamentação outra diferença reside. Os níveis de fundamentação do mandamento moral e do mandamento jurídico são díspares. A racionalidade impregnada na justificação do mandamento jurídico debruça-lhe maior confiabilidade e articulação. O nível científico de explicações racionais dirigentes da ação proporciona uma pequena flexibilidade volitiva. Já a principiologia da fundamentação do mandamento moral não lhe propicia a mesma determinação. A maleabilidade e ductilidade do fundamento do mandamento moral residem na crença do que *é certo porque sempre foi entendido como certo*. O direito não goza de tal simplicidade.

Habermas levanta outro aspecto: a motivação de um mandamento moral impede, *a priori*, qualquer interpretação teleológica de seu ato. O moral é moral porque seu dever-ser encontra-se dissimulando o intuito real do agir. Seja a finalidade coletiva ou individualista, o mandamento moral esconde o *interesse*. A norma jurídica não opera dessa forma: primeiro, porque sua finalidade é pública e publicizada. A aplicação do mandamento jurídico não visa nem A nem B (fins particulares) e, sim, um fim coletivo, qual seja: a pacificação e integração social.

Mas uma semelhança mostra-se inconfundível: a generalidade das formas mandamentais. A norma jurídica se comporta como norma moral. Visam todos os sujeitos indistintamente. Habermas ressalta que a norma jurídica só pode alcançar sujeitos de direito, mas a norma moral não sofre tal limitação. Por outro lado, a norma jurídica é uma norma moral, só que revestida de legitimidade legisladora que estatuiu. Em uma frase: a norma jurídica equivale à norma moral devidamente institucionalizada pelos veios do procedimento.

Para o filósofo alemão, em termos de argumentação pós-metafísica, há uma complementaridade entre direito e moral. Apoiado em Kant, Habermas aponta a moral como lei fundamental, que informa o conteúdo das normas jurídicas. Em um passo ao contrário, perceber-se-ia como o direito é uma especialização bem definida de conteúdos morais. Em detalhe, três aspectos remontam ao conteúdo moral impregnado de juridicidade: o livre arbítrio personificado na liberdade, as relações externas intersubjetivas e a autorização para coerção em outro sujeito, autor de abuso do direito.

Nesses três termos, “o princípio do direito limita o princípio da moral [...]”. A partir dessa limitação, a legislação moral *reflete-se* na jurídica, a moralidade na

legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos.”<sup>209</sup> Na verdade, a conexão vai além. No limite, Habermas chega a afirmar que “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais.”<sup>210</sup> Mas isso não pode conduzir a um juízo de que o direito resta subordinado hierarquicamente à moral. Muito pelo contrário, Habermas desenha uma relação entre ambos, como mencionado: de complementaridade recíproca.

Retomando o abalo dos fundamentos sagrados, ou seja, as consequências do desencantamento do direito, direito e moral tomaram caminhos diversos. Os processos de diferenciação exigiram do direito pré-moderno esse desenlace. Direito, ética, moral, sagrado e divino faziam parte de um mesmo contexto jurídico. A implosão arrastou os membros para posições diferentes, exigindo-lhes fundamentações pós-metafísicas independentes.

Dessa forma, o sujeito, para agir conforme o mandamento moral, desvinculado do direito, precisa obedecer a três exigências, assim organizadas: (1) Exigências cognitivas – a moral da razão estabelece um procedimento de fundamentação e aplicação de princípios morais, às vezes um tanto complexos (para a mente cognoscente) se exercidos fora de padrões dos quais se está acostumado. Essa *indeterminação cognitiva* que Habermas trata é substrato da facticidade da normatização e positivação do direito enquanto regra. O dia a dia forense estabelece padrões (jurisprudências, pareceres, etc.) que salvam os sujeitos dessa indeterminabilidade moral; (2) Exigências motivacionais – motivado por buscar o consenso, o ser age teleologicamente. Visando harmonizar dever e obrigação, – que é seu motivo – o sujeito pode chegar ao absurdo e contrariar seus próprios objetivos individuais. Esse fator (*incerteza motivacional*) o direito abarrotava com sua imposição, sua coercibilidade. A imposição desvincula motivos e enfoques, podendo o motivo ser apenas a fuga de sanções pré-conhecidas; e (3) Exigência organizatória – Habermas lembra que, mesmo questões de ação moral (solidariedade, por exemplo) exigem níveis complexos de organização e dinamismo. O impulso individual é suplantado e exige do coletivo uma capacidade supraindividual, leia-se organizatória. O direito naturalmente completa tal lacuna, devido à sua natureza reflexiva. Ele se desenha com normas secundárias que servem *só* para viabilizar a imputabilidade e coercitividade

---

<sup>209</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 140.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 140-141.

das primárias, atingindo não só pessoas jurídicas naturais como também as fictícias, como corporações e institutos.

O direito não precisa suplantar tais exigências. A imposição e a coercibilidade são exemplos de um sistema no qual a sociedade naturalmente precisa confiar. Sua concretização, no que difere da moral, tem a ver com o conteúdo das normas jurídicas, com o sentido de validade e com o modo de legislação.

Direito e moral afastam-se no tocante à generalidade de suas aplicações. O direito é geral em termos de identidade da substância aplicada, enquanto a moral é idêntica em toda a sua extensão aplicativa. Por isso, Habermas difere a validade jurídica da validade moral. O justo é um valor moral, e não jurídico. Esse fato distancia conceitos como *legitimidade do direito de moralidade*. O direito precisa manter caminhos próximos da moral, porém isso não significa que sua legitimidade é decorrente da moralidade. Enquanto o direito exige construções comunicativas para sustentar um padrão jurídico aceitável racionalmente por uma comunidade de direito, a moralidade só exige padrões justos. Nos julgamentos morais, como é impossível descrever caminhos apoiados em argumentos teleológicos, é preciso adotar posições coletivamente justas (construídas).

Regras morais são desenhadas por acordos racionalmente motivados, em que os agentes reconhecem as obrigações naturais que devem adimplir intersubjetivamente. Regras jurídicas, no entanto, são desenhadas por negociações racionalmente motivadas (comunicativas), fazendo com que os agentes reconheçam as obrigações das quais devem assumir responsabilidade intersubjetivamente. Para Habermas, foi John Rawls quem separou essas obrigações em *natural duties versus obligations*<sup>211</sup>. E é por essa razão que aquele reconhece a duplicidade de momentos existente quando da formação política racional da vontade – que representa, novamente, a cisão entre direito e moral: um primeiro, em que os sujeitos de direito precisam decidir acerca do que é considerado bom para todos; depois outro momento, em que se busca a justiça desse programa, ou seja, a necessidade de atingir a todos da mesma forma<sup>212</sup>.

A compreensão da conjuntura entre direito e moral acaba por encerrar, ao menos parcialmente, a compreensão da teoria discursiva do direito. Valorizando a

---

<sup>211</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 197.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 202.

construção democrática e legítima da lei e a forte atuação dos cidadãos, é necessário empreender maior investigação na contextualização da teoria habermasiana, especificamente no que tange ao problema discursivo, isso sem deixar de desconstruí-la, sempre que necessário.

Daí por que se adentra na questão discursiva, especificamente na cisão. Dentro do complexo edifício teórico habermasiano, verdadeiramente escrito de um ponto de vista democrático radical (e isso precisa ficar claro: a teoria discursiva do direito não é uma teoria da decisão judicial, e isso é latente<sup>213</sup>), opera-se a adoção dos postulados da separação dos discursos em discursos de justificação/fundamentação (*Begründungsdiskurs*) e discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*). Sobre eles, se discorre a partir de agora.

## 2.7 A CISÃO DOS DISCURSOS EM KLAUS GÜNTHER: *BEGRÜNDUNGDISKURS E ANWENDUNGDISKURS*

*No compreender, a presença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades em compreendendo é um poder-ser que repercute sobre a presença as possibilidades enquanto aberturas.*

*O projetar inerente, ao compreender, possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, o compreender apropria-se do que compreende.*

*Na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo e não outra coisa. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e não vice-versa.*

*-Martin Heidegger<sup>214</sup>*

O projeto habermasiano faz uso de um alicerce conjecturado por um produtivo aluno de Habermas: Klaus Günther. O professor da Faculdade de Direito da Universidade Johann-Wolfgang Goethe participou do grupo de pesquisa chefiado

---

<sup>213</sup> Em *Direito e Democracia* o filósofo alemão explora o paradigma procedimental do direito, notadamente, o procedimento de construção democrática do direito. O procedimento legislativo, portanto. Não trata especificamente do procedimento judicial, do processo e da gestão da prova, e muito menos da decisão judicial e seus fundamentos. Trata, tangencialmente, do papel dos tribunais no jogo democrático. E essa proposta condiz com uma teoria discursiva do Direito, calcada em postulados procedimentais. Verifica-se que “leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual *subtraem* da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais. [...] A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídica em seu todo.” (*Ibid.*, p. 238-239). Assim, a opção pelo procedimentalismo implica numa série ampla de consequências, não só no âmbito da Jurisdição Constitucional.

<sup>214</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 209.

por Habermas. Tais diálogos permitiram a construção da (polêmica) cisão discursiva<sup>215</sup>, trabalhada principalmente na obra *Der Sinn für Angemessenheit - Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, ponto fulcral do presente trabalho. Em verdade, o que se produziu até então visa abrir a brecha na qual se insere a questão discursiva, em essência, da sua cisão: de um lado, os *Begründungsdiskurs* (discurso de justificação/fundamentação) e, de outro, os *Anwendungsdiskurs* (discursos de aplicação).

Tendo em vista o que já foi trabalhado, adota-se como ponto de partida, dentro do problema da cisão discursiva, a partir de Günther, a comparação Habermas-Günther. O segundo não perfaz um trabalho perfeitamente alinhavado com o do primeiro. A diferença mais importante, de longe, é a não abdicação da razão prática, abandonando-se a substituição pela razão comunicativa habermasiana antes trabalhada<sup>216</sup>.

De acordo com Luiz Moreira, isso gera profundas alterações<sup>217</sup>. Como exemplo, cita-se o trato que cada um desenha ao relacionar direito e moral. Para Günther, a universalidade dos conteúdos morais garante a normatividade necessária para fundamentar as normas de conduta. Por outro lado, o direito garante a coercibilidade necessária para concretizar essas mesmas normas de conduta.

---

<sup>215</sup> O presente trecho baseia-se, principalmente, no livro: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004, tradução do original *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1988). Diz-se *polêmica* porque, como apontado por Lenio L. Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, Capítulo 4, especialmente), a cisão discursiva é a fundamentação (des)estruturante da teoria discursiva habermasiana. Seu pressuposto é sua principal chaga.

<sup>216</sup> Referindo-se ao livro **Taking rights seriously** (*Bürgerrechte ernstgenommen*), de Ronald Dworkin, Günther esclarece: “O senso para a equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais. Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática.” Mas seu projeto não pretende se inserir em um paradigma naufragante da filosofia da consciência (sem antecipar conclusões, cabe o alerta de que o esquema sujeito-objeto não foi suficientemente combatido pelo professor alemão), só por fazer uma opção expressa pela razão prática, pois “para uma teoria da sociedade, isso [a validade universal da normas morais] significa que a coordenação de ações se dá, no mínimo, também na base de uma anuência das partes a respeito das razões da atuação, e que ela, por isto, não pode ser descrita exclusivamente a partir de uma perspectiva externa. Assim, exclui-se a possibilidade de se descrever a coordenação de ações a partir da perspectiva de indivíduos isolados, bem como a de se reduzir o tema da coordenação de ações à escolha de meios compatíveis, para fins de opção subjetiva. Igualmente, parece equivocada a tentativa de se considerar uma ordem sociológica tão somente como produto de processos sistêmicos” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004, tradução do original *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1988. p. 19-21).

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

Habermas aborda a questão de forma diferenciada: o direito e a moral são co-originários, o que não implica em normatividade nem concretude de um pelo outro. Há uma complementaridade funcional, mas não a formação de um com base no outro.

Afora esta, entre outras diferenças, os fundamentos da aplicabilidade dos discursos, notadamente da separação de momentos interpretativo-aplicativos, se mantêm, o que particularmente passa a ser destacado.

Porém, assim como em Habermas, a cisão discursiva surge como pretensão de deslocar o *fazer jurídico* para fora do paradigma da filosofia da consciência, de cariz solipsista. Para Günther, existe um hiato<sup>218</sup> entre a norma fundamentada no *a priori* moral universal e a consideração do fato da vida, que convida a normatividade a exercer sua função integradora. Seja por inexistir um elo automático, ou uma norma para cada fato, a validade abstrata precisa de um manejo devido para encaixar-se na facticidade correspondente.

É assim que surge a cisão discursiva. Nas palavras de Klaus Günther, separar os discursos é uma medida *necessária*, pois

A opção por uma perspectiva interna, que vise à reconstrução de fundamentações intersubjetivas de ações e as respectivas condições, deverá, na argumentação seguinte, ser ampliada pela suposição de que razões de ações contêm não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação. Se as razões para a coordenação de ações forem relevantes, não basta, como alegação, a indicação da situação, tampouco a indicação de uma norma, cada uma tomada por si mesma. No primeiro caso, a ação seria explicada como simples reação de adaptação a uma situação, enquanto que as razões para a aplicação de uma norma seriam uma questão de mera retórica, no sentido pejorativo. No segundo caso, o argumento de que, na base da ação, repousaria uma norma passível de fundamentação não basta, porque não há norma que consiga regular todos os casos da sua aplicação. [...] Vista de uma perspectiva interna, a aplicação de normas aparece, por sua vez, como um processo cognitivo

---

<sup>218</sup> Com o apontamento de Lenio L. Streck, fica claro que este ponto é a denúncia de que Günther reconhece o problema da contrafactualidade dos discursos de fundamentação (como se verá adiante): “Embora Günther não fale em texto, mas, sim, em normas, ele reconhece – acertadamente – que cada norma (que, neste caso, deve ser lida como texto) contenha já, por seu simples conteúdo semântico, uma referência a situações ou, mais precisamente, ostente sinais de descrição de uma situação, circunstância que possibilita uma aproximação com a tese aqui defendida de que o texto é um evento e não apenas um enunciado linguístico. Com efeito, tenho claro que o texto é a possibilidade de as coisas serem significadas. Coisas – entendidas como coisas – só existem – para nós – a partir de sua enunciação em textos, que, por sua vez, só existem em seu sentido, fenômeno que não ocorre por etapas ou separadamente. O texto já surge como norma (sentido).” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 135). Embora o presente apontamento seja do cerne do presente trabalho, aqui apenas adiantado, volver-se-á ao tema, posteriormente, com maior profundidade.

em que as razões desempenham igualmente um papel importante, mas são diferentes daquelas que se podem alegar para a validade de uma norma.<sup>219</sup>

Para exemplificar, Günther utiliza o conhecido exemplo kantiano do aluno inocente que, perseguido por injustos, é delatado pelo professor. Quem delata leva em conta apenas o aspecto de falar a verdade, e silencia diante dos demais aspectos relevantes da situação, tais como a inocência do fugitivo ou a injustiça dos perseguidores. E este *delatar* não pode ser considerado como algo fundamentado em falsidades, pois o mandamento moral de *não mentir* é universal. Nem os outros aspectos (a inocência e a injustiça da perseguição) são inverídicos.

Então a questão central passa a ser a escolha do aspecto mais relevante. Por isso, Günther alega que “ao deixarmos ao acaso o ato de escolha das características relevantes em uma dada situação, tanto a ação como a reação correm o risco de ser avaliadas inadequadamente.”<sup>220</sup>

A simplicidade do problema acima relatado se coloca diante da complexidade das questões cotidianas, em que a aferição veritativa não se dá; precisa ser perquirida e, ainda, quando erigida em bases fáticas, depende de avaliações, suposições que admitem uma moral a corrigir o direito, a partir de dentro. Isso será tratado oportunamente.

Retornando ao raciocínio guntheriano, para cindir fundamentação moral de aplicação concreta, é necessário adentrar no ofício de julgar e, a partir dele, entender a colagem aristotélica das dimensões da justificação e da aplicação. Segundo Günther,

[...] o conceito de prudência, no contexto aristotélico (sob a designação de *phrónesis*), desprende-se do campo semântico que ainda abrangia. Com a autonomia da política, o conceito de prudência tornou-se uma categoria do campo da política, desprovida, inicialmente, de juridicidade e, posteriormente, de moralidade.<sup>221</sup>

Dessa forma, a prudência na seleção do que é bom ou justo cai diante da impossibilidade de se encontrar um modo de vida comum o suficiente para

---

<sup>219</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 21.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 26.

universalizar os conteúdos prescritivos de uma moral particular. Os conflitos entre estes modos implicam em uma queda de confiabilidade na antes firme *phrónesis*.

E o (ato de) julgar não recebeu trato melhor pelas heranças filosóficas desde Aristóteles até Kant. Ao invés de perquirir a ação de julgar, as versões filosóficas pretenderam fundamentar as opções morais, de forma a corrigir os enunciados a partir de uma perspectiva universalizante. “É unicamente da provável universalização da norma ou da máxima que decorre a possibilidade de seu cumprimento”. Por isso Günther coloca:

Nestes casos, uma ética universalista assume o aspecto de um rigorismo abstrato, cego para os fatos e obstinado, que rapidamente posto a serviço de intenções imorais. Este perigo sempre surge quando a universalização do princípio moral é utilizada como uma máxima concreta de atuação – que, muito provavelmente, sempre haverá de ser objeto único ao se proceder à universalização. Nesse sentido, é bem verdade que Kant exige que o princípio moral do imperativo categórico deva ser aplicado às minhas máximas de ação, de tal forma que eu as considere como uma lei natural. Simultaneamente, no entanto, Kant sugere a suspeita de que a própria máxima de ação, ainda que esteja assim fundamentada, possa ser aplicada a cada caso isolado como uma lei natural. Confundir a faculdade prática pura de julgar com a faculdade prática de julgar [...] tem por consequência que a norma, *passível de ser generalizada*, seja aplicada dessa maneira sem o exame da situação.<sup>222</sup>

Assim, comprovar a universalização da norma moral não torna o julgamento “blindado” contra decisões incoerentes. Retornando ao exemplo kantiano comentado por Günther, *não mentir é tão universalizável quanto não entregar inocentes à morte*. Em outros termos: a medição da coerência da aplicação não se dá em bases morais. O princípio moral não oferece a garantia que dele se espera, embora isso não signifique, *ipso facto*, sua completa inutilidade. Essa é a essência da tese guntheriana.

Com Habermas, Günther acredita que, sem o selo eclesiástico da metafísica, a contingência desenha ambientes cada vez mais difíceis de produzir um consenso acerca do que e como os sujeitos se entendem. Isso inviabiliza a construção duradoura de um ideal de vida boa. Sem um ideal-guia, as universalizações ficam cada vez mais escassas. Para resolver tal questão, ou se racionaliza a questão a partir da ação moral, ou se abandona a moral de vez.

---

<sup>222</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 27. É verdade também que Klaus Günther ameniza a crítica, quando aduz que Kant deixa de pensar na moralidade aplicada, confundindo a natureza do princípio moral como algo dado pela simples universalização (anuência da coletividade), por conta de uma separação (metafísica) entre mundo da razão (onde a moral tem sentido) e mundo empírico (onde se nega a moral).

Segundo leitura de Günther, Luhmann optou pela segunda alternativa. Invertendo a lógica, a teoria sistêmica parte da contingência e da complexidade para desenhar os sistemas viabilizadores das normas. Então não se trata de como se dá a ação, mas, sim, de como se observa o sistema, como ele se reproduz. Depurando a prudência aristotélica em relações estruturadas na diferença, o tempo assume um papel de controlador da complexidade e da contingência, expulsando a moral dessa relação. A aplicação sofre desse mal: ou pende sozinha para contextos contingentes, afastando-se da justificação calcada em pressupostos morais, ou mistura-se com esta, perdendo a capacidade de considerar as características imanentes à facticidade.

Quem permitirá que a aplicação e a justificação se apartem, segundo Günther, é uma ética fundamentada na regra moral geral, solitária na consideração das exceções de regras morais universalizadas, sem o risco de desmenti-las. Parte-se, neste rumo, ao primeiro ponto: localizar e expor o princípio moral “U”, como possibilidade de pensar fundamentação e aplicação cindidas.

### **2.7.1 O princípio moral “U” e a fundamentação da regra moral geral**

Compreender uma norma moral como universal<sup>223</sup> implica algumas questões nucleares. Primeiramente, é imperioso destacar que a norma moral universalizável independe da abrangência semântica dos seus termos. Ou seja, não é a amplitude gramatical de seus termos que lhe garantirá, ou não, a universalidade. Aqui se fala da norma moral hipotética, ou seja, pensada ainda em situações meramente exemplificativas, para possibilitar a verificação da universalidade.

Desdobrando esse “teste de universalidade”, Günther sustenta que a norma moral será fundamentada se prontamente o agente a seguir, a recomendar e colocando-se no lugar de terceiro, ainda assim, a cumprir. A norma moral singular não passaria neste teste. Por isso, a norma moral fundamentada no teste da

---

<sup>223</sup> “Conforme demonstrado por R. M. Hare, há dois níveis distintos com os quais se pode operar quando há a análise da generalidade de uma norma: em um deles distinguimos entre normas gerais e específicas e, no outro, entre universais e singulares. [...] Em graus distintos, o conteúdo semântico de uma norma pode ser ou não específico a uma situação, dependendo de quão detalhada for a forma em que os possíveis sinais característicos da situação foram descritos, por meio de termos utilizados na norma. A distinção entre uma norma geral e uma específica é, portanto, apenas de grau. [...] Apenas entre normas universais e singulares existe uma contradição no sentido excludente.” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 41).

universalidade será prescritiva: ela impõe um predicado a todas as situações albergadas pelo seu conteúdo semântico.

Em segundo lugar, a adoção da prescritividade de uma norma moral universal dependerá do sujeito. Não é este o significado da expressão “universal”. A universalidade (ou a fundamentação) advém do teste de adesão que cada sujeito faz em relação às máximas disponíveis. Esse teste de adesão se mede pelo acolhimento do núcleo moral, independentemente da posição que o sujeito ocupe (no que se aproxima da “posição original” de John Rawls). Isso faz com que a adoção de uma norma moral nada diga sobre a fundamentação desta mesma norma moral.

Com base nessas duas premissas, pode-se concluir que, em uma situação concreta, quem universaliza seu modo de agir, em consideração à situação dos demais atingidos, necessariamente deverá levar em conta os demais caracteres peculiares da própria situação. Significa dizer que, por mais que haja duas ou mais normas morais fundamentadas – seja pela sua universalidade, ou ainda pela adoção de um entendimento acerca daquilo, como em Habermas – aptas a serem aplicadas a um caso concreto, nenhuma análise delas garante um uso adequado, quando ela deixa de ser hipótese e se torna ação<sup>224</sup>. É dessa forma que, para Günther, a teoria moral de Hare mistura fundamentação e aplicação.

Com o intuito de expor, como diríamos, a *validade* de um enunciado normativo, temos de refletir sobre o tipo de consequências que resultariam da sua aplicação a determinados fatos e se estamos dispostos a aceitar tais consequências. Os fatos com os quais, no contexto dessas reflexões, relacionamos uma proposta normativa podem, por isso, ser apenas hipotéticos.<sup>225</sup>

As propostas normativas podem ser *apenas* hipotéticas, ou seja, infundamentadas, desprovidas de um discurso anterior que as garanta como aptas a

---

<sup>224</sup> “Já em virtude destas distinções lógicas, fica claro que a opção por uma determinada norma moral nada decide a respeito de sua fundamentabilidade. Só o saberemos quando submetemos a norma escolhida a um procedimento de teste que, para Hare, consiste em examinar se aceitaríamos esta mesma norma também em outras situações. Tampouco faz parte desse procedimento de teste a especificidade do conteúdo semântico, uma vez que a lógica da expressão ‘deveria’ apenas nos vincular à exigência de formular a hipótese normativa em termos universais e, prescritivamente, considerá-la motivacionalmente obrigatória para mim e para quem se relacione comigo. Isso é uma condição necessária para, *per se*, conseguir ingressar em um procedimento de fundamentação, por meio do qual a norma é aplicada hipoteticamente a diversas situações. Cada norma que submetemos ao teste de universalização terá aquele conteúdo semântico específico que lhe tínhamos dado ao optarmos por ela originariamente” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 43).

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 46.

serem pensadas em termos de aplicação. Perceba-se que quem leva em consideração uma plêiade de caracteres situacionais, justamente em um momento de universalizar seu modo de agir, está indo além da norma moral enquanto hipótese: pelo contrário, coloca-a como ação concreta. Vai além do que o princípio moral potencial coloca.

Como alerta Günther, “se o próprio procedimento de universalização nos impõe considerarmos mais estritamente a situação de aplicação, deixando, nesse sentido, de ser ‘operacionalmente neutra’”, então, necessariamente, se teria que “interferir de maneira modificadora no conteúdo semântico de uma norma”<sup>226</sup>, o que conduz a um problema paradoxal. Se a situação original se altera, então a norma moral hipotética perde sua pureza. O teste precisa ser refeito. Confundida está a fundamentação e a aplicação<sup>227</sup>.

Então volta-se ao princípio: a situação concreta será genuinamente mais rica que a situação hipotética. Assim, a norma moral ainda hipotética não se apercebe das riquezas de detalhes da aplicação. Para definir os limites de cada situação, de fundamentação e de aplicação, Günther elucida:

A seleção de fatos relevantes é determinada exclusivamente pela finalidade de se examinar a virtual universalização da norma. Nesse âmbito, não cabem reflexões, tais como se a norma proposta seria realmente a correta ou a adequada, *nesta situação*; se foram consideradas todas as características da situação, acaso não deveria ter sido preferida uma outra norma, ou se, nessa situação, a proposta original de norma deveria ser codificada. [...] Se chegarmos à conclusão de que a norma está fundamentada porque podemos aceitá-la também em situações semelhantes, e se ocuparmos o lugar do implicado, esta avaliação só terá validade dentro do alcance que o conteúdo semântico desta norma atingir. O conteúdo semântico é pressuposto da fundamentação.<sup>228</sup>

Portanto, a configuração da fundamentação tem limites no alcance semântico da norma moral, que importa na consideração de uma situação hipotética (uma norma moral pura). A cada degrau avançado em termos de concretização fática, deixa-se a fundamentação, e inicia-se a aplicação.

---

<sup>226</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 43.

<sup>227</sup> “Hare parece não distinguir entre fundamentação e aplicação de uma norma ao relacionar, de antemão, a fundamentação de uma norma ao caso presente e aos fatos externos e internos, às circunstâncias especiais e às consequências e as efeitos colaterais. Ao contrário, é como se, em um situação de aplicação, a fundamentação de uma norma fosse orientada para comprovar que esta norma é aplicável segundo as circunstâncias especiais do caso” (*Ibid.*, p. 45-46).

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 47.

Resta saber se essa pureza moral se coaduna com o princípio moral “U”, como trabalhado por Habermas. Günther inicia alertando para a dificuldade de assumir a alteridade exigida pelo teste de universalidade, seja pela complexidade das situações concretas, seja pela incompletude do abandono da própria perspectiva. Tudo isso coloca em risco a imparcialidade do sistema de aferição da universalidade das normas morais<sup>229</sup>.

Com efeito, o teste de universalidade proposto por Hare possui uma natureza monológica. Um sujeito analisa a norma, colocando-se como os demais atingidos, a fim de averiguar a abrangência efetiva, bem como os efeitos colaterais da mesma. Em Habermas, a partir da ética do discurso, o teste de universalidade se dá coletivamente: “a única diferença em relação à versão de Hare consiste em que já não seria apenas um que aplicaria a norma a todas as situações comparáveis, mas todos o fariam em conjunto.”<sup>230</sup>

Se a diferença não é grande, então se poderia presumir que a confusão entre fundamentação e aplicação de Hare repercute em Habermas. Para testar a questão, Günther utiliza o esquema de argumentação de Toulmin, no qual, a partir dos dados relevantes (D), se pratica uma ação carente de justificativa (C), sendo a norma (W) aquela que regula a ação. O esquema, então, é D–W–C<sup>231</sup>. Uma argumentação prática parte dos dados D, para indicar uma norma W, que permite C.

Segundo aponta Günther, Toulmin inicia a argumentação por D, ou seja, com base nos dados D, se pratica a ação C. “Ao alegarmos D como motivo para C, implicitamente fizemos a opção por uma regra conclusiva W, que recomenda, ordena ou permite C, caso D esteja pressuposto.”<sup>232</sup> Assim W se esconde na observação que se faz sobre os dados D. E a seleção das características de D relevantes para tornar a norma W aplicável e mais, corretamente aplicável, continua sendo um problema de aplicação.

---

<sup>229</sup> Três abordagens sobre esta mesma temática são analisadas por Robert Alexy: a de Hare, Habermas e Baier. Para tanto, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 203-204.

<sup>230</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 50.

<sup>231</sup> A descrição do sistema de Toulmin é breve, já que maiores aprofundamentos seriam desnecessários. O próprio Günther faz uso pontual, apenas como recurso argumentativo para comprovar como a Ética do Discurso se comporta perante o problema da fundamentação e da aplicação. Para ciência do esquema, ver: *Ibid.*, p. 52.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 53.

Seguindo de acordo com Günther, Toulmin descreve o *backing* da norma W, ou seja, a aplicação do princípio “U” na norma moral que justifica a ação C, a partir de D. Assim se conectam a norma geral W e os interesses de todos os implicados, que anuem com sua normatividade. Os efeitos de sua aplicação são antecipados pelos sujeitos, que, mediante o teste de seus interesses, avaliam a pertinência e fundamentação da norma moral, em situações passíveis de acontecer. E cabe o alerta de que os interesses são baseados em interpretações e tradições que podem mudar com o tempo.

Assim, as duas análises realizadas acima servem para demonstrar, seja por Hare, seja por Habermas/Toulmin, que todas as fundamentações de normas morais precisam considerar algumas possíveis hipóteses de aplicação. Mas somente algumas. Ao cabo, fica a necessidade de saber se o princípio “U” precisa de complementação de discursos de aplicação ou não.

Para Günther, o princípio “U” tem duas decorrências naturais: a necessidade de averiguação ampla, por todos os atingidos, acerca de seu conteúdo, a fim de evitar universalizações subjetivas no prejuízo de alguns; e a consideração da aplicação de uma norma moral dada em todas as situações passíveis de serem por ela regradas (o limite, para Hare, é semântico)<sup>233</sup>. Pode-se dizer que há uma dimensão subjetiva (a primeira) e outra objetiva (a segunda).

Neste passo, a amplitude de situações aptas a serem regradas pela mesma norma é que permite falar-se em “direito à validade de uma norma”. Nisso surge outro elemento que é considerado quando da aplicação de uma norma moral geral em situações concretas: as “consequências e efeitos colaterais”. A partir de caracteres situacionais, é possível averiguar que tipos de consequências serão extraídos da aplicação da norma geral. A aplicação, uma vez feita, gerará efeitos colaterais (ou não principais), de forma a alterar a essencialidade da aplicação. Disso se conclui: a análise de consequências e efeitos colaterais exige uma situação concreta, rica em

---

<sup>233</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 59-60. Especificamente sobre a dimensão subjetiva, descreve Günther: “Consequentemente, chegou o momento de se esclarecer o que se deve entender por aplicação geral de uma norma em todas as situações. Novamente começarei pela possibilidade mais simples. Sob a expressão ‘aplicação geral de uma norma’ são suprasumidas todas as situações nas quais a norma é *aplicável*. Por conseguinte, os afetados precisam imaginar as circunstâncias nas quais são dadas todas as características pressupostas pelo conteúdo da norma. [...] Com todas essas características situacionais, às quais se refere o significado dos termos universais utilizados na norma, formar-se-á a quantidade daquelas situações em que a norma poderá ser aplicada” (*Ibid.*, p. 60-61).

caracteres, cuja medida só se faz perante os outros, concretamente deduzidos como diferentes do agente<sup>234</sup>. Isso é algo que não pode ser feito hipoteticamente.

O núcleo da separação dos discursos de aplicação parece residir, então, neste problema hipotético-concreto. Assumindo uma posição hipotética (momentânea), Günther formula seu conceito de princípio moral “U” em uma *versão forte*:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.<sup>235</sup>

Com tal assunção de papel, Günther demonstra que o princípio moral “U” que alberga os conceitos de validade e adequação de forma congregada, legitima as normas por conta de sua aceitabilidade subjetiva geral, mas, principalmente, faz da norma um conteúdo tão generalizável que a inutiliza, ao ponto de ser aplicável a qualquer situação, sendo sempre adequada (o que atende o limite semântico e a regra da imparcialidade)<sup>236</sup>. Trata-se de condição idealizante, surreal.

Voltando-se ao outro lado da questão, tem-se que a limitação avizinha-se da perspectiva subjetiva de “U”. O núcleo, então, será ocupado por experiências e saberes dos sujeitos, em um determinado espaço-tempo. Por isso, com Habermas, Günther atenta para o fato de que a limitação hipotética do princípio “U” é a previsibilidade humana. “Só serão consideradas aquelas consequências e aqueles efeitos colaterais que *previsivelmente* resultarem da observância geral da norma.”<sup>237</sup> Esse será o limitador hipotético, com repercussões na aferição subjetiva da validade

---

<sup>234</sup> “A essência propriamente dita do princípio da universalização potencial como princípio moral pós-metafísico é que importam os interesses de cada um, individualmente. Em lugar de fazer com que validade de uma norma dependa de critérios isentos de interesses, fixados em uma generalidade supra-subjetiva e definida especificamente de um modo qualquer, pretende-se considerar tão-somente os interesses daquela pessoa que for afetada pela norma. A partir da multiplicidade de diversos interesses, eventualmente conflitantes entre si, acometidos pelas consequências de uma norma carecedora de justificativa, será necessário que *primeiro seja constituído* um interesse comum. [...] Em virtude desta condição, não é possível aplicar “U” de forma monológica, mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o mesmo direito de expor as suas necessidades” (GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 62-63).

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>236</sup> “No entanto, ao deduzirmos a versão forte de ‘U’, de novo operamos com uma condição idealizante [...], uma condição em que conseguiremos *prever* todas as situações nas quais a norma for aplicável. 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” (*Ibid.*, p. 65).

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 66.

da fundamentação, pois só os interesses dos sujeitos *previsivelmente* afetados pela norma geral precisarão ser medidos, sopesados.

Com base nestas considerações, Günther lança a outra faceta, a *versão fraca* de “U”: “uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme o interesse de cada um individualmente.”<sup>238</sup>

Essa versão nitidamente desiste de algumas pretensões, a começar pela intenção de delimitar as características situacionais relevantes, passando pelo dever de imparcialidade aplicativa, próprio de quem utiliza a norma adequada, e terminando na abrangência limitada do questionamento que se contenta ao saber “se, *como regra*, a norma está dentro dos nossos interesses comuns.”<sup>239</sup>

Ao desistir dessas pretensões, enuncia a separação discursiva, entre os discursos de fundamentação<sup>240</sup> e os discursos de aplicação<sup>241</sup>. Essa desistência implica na adoção da versão forte de “U” para ser utilizada no interior de uma única situação. Ao invés de prever todas as possibilidades de aplicação de uma norma moral geral, passa-se a considerar todas as circunstâncias situacionais de um caso particular, a fim de decidir qual a norma moral geral deve ser observada.

E a imparcialidade, defenestrada da aplicabilidade renunciada pela versão fraca de “U”, é recuperada em dois momentos: na verificação de validade da norma dentro de padrões presumidos, que diz da imparcialidade em um sentido “universal-recíproco” (ou hipotético), assim como na consideração de todas as características de uma situação peculiar-específica-delimitada, que diz de uma imparcialidade em um sentido aplicativo (ou concreto).

---

<sup>238</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 66.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>240</sup> “Para a fundamentação é relevante, exclusivamente, a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos com uma regra.” (*Ibid.*, p.70).

<sup>241</sup> “Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é *se e como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação deveríamos adotar, ‘como se estivéssemos naquela situação’, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas para a adequação em relação a todas as características de uma única situação.” (*Ibid.*, p. 70).

O ponto fulcral, a partir de então, se torna a compreensão do nível aplicativo como discurso, já que “‘todos os sinais característicos em uma situação’ evidentemente é [algo] muito vago” para se efetivar.

Se se concebe impossível conhecer todas as situações aplicativas de uma norma moral geral, como seria possível sustentar o conhecer de todas as características de uma situação específica? Para responder este questionamento, é preciso entender a aplicação como discurso, pois ele mesmo precisa servir como fundamento de pretensões de validade argumentativamente criticáveis. Nesses contextos práticos, o princípio “U” assume o papel de uma regra de argumentação, que afere a imparcialidade de ditames normativos. Nesse sentido, Günther se alinha com Habermas, quando aduz:

Como *processo*, afinal, argumentações buscam alcançar um consenso racionalmente motivado entre os participantes. Devem reinar condições gerais de simetria que excluam qualquer coação, exceto a do melhor argumento. Estas condições podem ser reconstruídas em regras que determinam a participação geral de todos os interlocutores competentes, com chances iguais de expressão, percepção e aproveitamento desses direitos.<sup>242</sup>

Esses procedimentos revelam a confiança em “U” como regulador da imparcialidade. Então a questão suprarreferenciada revela outra característica: se a aplicação assumisse função de discurso, deveria avocar também as questões próprias de qualquer discurso, a saber: é preciso resgatar a pretensão de validade de uma norma, tendo em vista o interesse comum de todos os afetados, sob condições não específicas de tempo e espaço.

Tal apontamento exige, por certo, adequações à natureza de um discurso de natureza prática, que se ocupe da aplicação normativa, no sentido de manter ampla observação sobre os aspectos procedimentais de uma imparcialidade. Ele perde, portanto, esse sentido de “validade geral”, próprio dos discursos. Esse instrumento fará a canalização da norma geral em direção a um contexto definido<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 76.

<sup>243</sup> “Discursos de aplicação combinam pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada. Eles ‘recontextualizam’ a norma, extraída do seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo” (*Ibid.*, p. 79).

Isso reforça a necessidade, segundo Günther, de diferenciar discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*) de discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*), pois esta dinâmica de analisar as hipóteses, ainda em nível não contextual, garante uma possibilidade discursiva dos sujeitos entenderem-se acerca do que querem e do que vislumbram como a melhor opção, em termos procedimentais.

Democraticamente selecionadas as opções e só após essa cautela discursiva, é que se pode adentrar na riqueza das situações concretas, cujas fundamentações (anteriores) justificaram as tomadas de posições (posteriores).

Essas linhas acerca do posicionamento teórico de Klaus Günther expõem, de maneira breve, parcela da riqueza de uma Teoria Moral da normatividade, preocupada em analisar os meandros da validade das normas, bem como as dificuldades de concretizar seus mandamentos no mundo da vida.

Tal exposição autoriza o estudo a marchar em direção à outra teoria do direito. Com o advento do Constitucionalismo Contemporâneo, criou-se um ambiente propício para diversos estudos. Dentre eles, a Crítica Hermenêutica do Direito. Assim, o estudo lança-se para seu último capítulo, onde serão analisadas algumas das raízes da Crítica Hermenêutica do Direito, reconstruindo parte de seu caminho, até o legado que ela eterniza na crítica ao positivismo, mormente no que tange ao olhar que a CHD faz sobre a cisão discursiva apresentada.

### 3. CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: APORTES PARA UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA

*É a partir dela [a história do ser] que podemos compreender os limites da interpretação e, ao mesmo tempo, as condições da filosofia hermenêutica que nos dá as bases para a hermenêutica filosófica, em que aprendemos a escutar aquilo “que para além de nós, para além do que queremos e fazemos, acontece conosco.”*  
-Ernilo Stein<sup>244</sup>

Em verdade, não se pretende fazer um excuro completo acerca da Nova Crítica do Direito, tal qual formulada por Lenio L. Streck. Isso demandaria um projeto autônomo, que faria injustos reducionismos em face da rica abordagem produzida pela imbricação da Filosofia Hermenêutica, Hermenêutica Filosófica e Teoria Integrativa/Interpretativa de Ronald Dworkin.

Um rápido passeio pelas obras do professor Streck permite compreender o caminho realizado (mas não a profundidade exigida pela natureza do tema, a rigor) pelo amadurecimento intelectual que culminou com a Crítica Hermenêutica do Direito – CHD. Uma interessante abordagem sintética, mormente por ser atual, vem descrita no “Elementos para a (pré)compreensão dos pontos centrais da obra”<sup>245</sup>, texto que inaugura a quarta edição da *masterpiece* “Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas”.

A rigor, a parcela analítica da obra já foi retratada no primeiro capítulo, o que autoriza o engate, de forma direta, na parte constitutiva da CHD. Isso significa que há uma pré-compreensão assimilada acerca da: diferenciação entre exegetismo e normativismo (Exegetismo e Normativismo são coisas diversas); problemática envolvendo o termo *neoconstitucionalismo* (o que evidencia, a rigor, um problema de compreensão do ambiente teórico representado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, como local onde se deram alterações na teoria do direito e no constitucionalismo, desde o segundo pós-guerra); conexão imanente entre pós-positivismo e subjetivismo (o que fica em primeiro plano no seu **O que é isto** –

---

<sup>244</sup> STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 09-10.

<sup>245</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-57.

*decido conforme minha consciência?*<sup>246</sup>); e distinção entre norma e regra, (re)colocando os princípios na teoria do direito.

Assim, uma reconstrução, mesmo que precária, precisa abordar algo sobre as fontes da CHD, para abordar, posteriormente, a questão discursiva tal qual elaborada sob a ótica hermenêutica. Este primeiro passo pode ser dado a partir de Martin Heidegger, que inaugurou a ontologia hermenêutica ou a filosofia hermenêutica.

### 3.1 A HERMENÊUTICA DE MARTIN HEIDEGGER E O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO

*Um discurso aberto consegue unicamente conquistar sua pluralidade constitutiva quando não se preocupa mais com a paternidade de seus enunciados, com as vozes que poderiam dar ao discurso sua unidade. Numa palavra: quando conseguem abolir impiedosa e fraudulentamente as aspas que – afirmam por diferentes razões os famas e os esperanças – devem envolver com toda a honestidade uma citação. Assim, as aspas adjudicam juridicamente a posse das frases segundo os respectivos proprietários, como as parcelas de um terreno (como deveria estar acontecendo agora com Barthes ou Cortázar).*  
- Luis Alberto Warat<sup>247</sup>

Qualquer abordagem que se faça sobre a Crítica Hermenêutica do Direito precisa prestar homenagem, mesmo que de forma rápida, ao filósofo que tornou toda discussão em torno da hermenêutica possível. Para além da mitologia grega<sup>248</sup>, o

---

<sup>246</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>247</sup> WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000. p. 71-72.

<sup>248</sup> Segundo a mitologia grega, *Hermes Trismegisto* nasceu no dia quatro, em uma caverna do monte Cilene, ao sul da Arcádia (hoje uma localidade que pertence ao sudoeste da Grécia). Hermes Trismegisto foi enrolado em faixas e colocado dentro de um salgueiro, árvore sagrada. No mesmo dia em que nasceu, desfez-se das faixas, roubou parte do rebanho pastoreado por Apolo e percorreu longa distância. Diz-se que atou robustos ramos na cauda dos animais, de modo que apagassem os próprios rastros. Sorrateiro e velhaco, Hermes era conhecido pela sagacidade. Acusado por Apolo, Hermes sofreu julgamento por Zeus, que o condenou a nunca mais mentir. Hermes, diante da ordem do pai, concordou, acrescentando que *não estaria obrigado a dizer a verdade por inteiro*. Na Odisséia, Hermes é chamado de *mensageiro*, *dispensador de bens*. Salvou Ulisses e seus companheiros do feitiço de Circe, ao dar-lhes uma planta fabulosa de nome *móli*. Sobre suas sandálias aladas e sua função de mensageiro, comenta Junito de Souza Brandão: “Com a rapidez que lhe emprestavam suas sandálias divinas e com o domínio dos três níveis, tornou-se o mensageiro predileto dos deuses, sobretudo de seu pai Zeus e do casal *ctônio*, Hades e Perséfone. De outro lado, conhecedor dos caminhos e de suas encruzilhadas, não se perdendo nas trevas e, sobretudo, podendo circular livremente nos três níveis, o filho de Maia acabou por ser um *deus psicopompo*, quer dizer, um condutor de almas, tanto do nível telúrico para o *ctônio* quanto deste para aquele [...]” (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, v. II, 2011, p. 202). *Agilis Cyllenius* (“o deus rápido de Cilene”) era uma entidade muito conectada com a humanidade: “não sendo apenas um olímpico, mas igualmente ou sobretudo um

termo hermenêutica já apresentou outros usos (hermenêutica clássica, hermenêutica bíblica, etc.), que não o heideggeriano. Tal significado fez-se inovador, original ao ponto de tornar obsoleta qualquer repriminção<sup>249</sup>.

Tradicionalmente, hermenêutica refere-se ao procedimento metodológico de construção de um conhecimento racionalmente correto diante de uma estrutura

---

‘companheiro dos homens’ [...]” (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, v. II, 2011, p. 204). Essa humanização fez com que Zeus o adotasse como mensageiro, alguém apto a operar como *medium* entre o mundo Olímpico e o mundo dos homens. *Mercúrio*, nome latino de Hermes, referia-se também ao metal pesado. Ligado à alquimia, Hermes tinha as características da substância: “Diga-se logo que o *mercúrio* dos alquimistas, quer dizer, Hermes, é hermafrodito, porque é feminino, por ser branco e líquido, e é masculino, por ser um metal seco. Esse hermafroditismo provém exatamente do fato de simbolizar a *complexio oppositorum*, a ‘união dos contrários’” (*Ibid.*, p. 209). Hermes tinha essa ambiguidade imanente. Embora cometesse travessuras e mentisse, Zeus lhe confiava importantes missões. Pense-se também no caso de Hermafrodito, filho de Hermes com Afrodite, belo como Narciso, alvo da paixão da ninfa Sálmacis, que, ao ver-se não correspondida, abraçou-se no rapaz e pediu aos deuses que transformassem seus dois corpos em um só: um ser de dois sexos, pois. Um ponto que merece destaque é a relação de Hermes com a voz. Enquanto pastoreava animais, *Agilis Cylleus* criou um instrumento musical de nome *Syrinks*, ou “flauta de pã”. O som angelical foi ouvido por Apolo, que trocou seu cajado (caduceu) pelo objeto. Hermes, porém, pediu que também recebesse aulas de adivinhações e previsão do futuro, sendo que Apolo, deus de Delfos, assentiu. Por tal motivo, Hermes teve um templo construído em sua homenagem, na Acaia. Lá se faziam consultas pelos *processos das vozes*. Estes consistiam em fazer a pergunta em tom baixo no ouvido da estátua de Hermes e, após, tampar fortemente os ouvidos. Com o retorno ao centro do templo, destacavam-se os ouvidos bruscamente. O que se ouvisse primeiro seria a decisão de Mercúrio. “Esse método, direto e econômico, popularizou-se, passando a voz humana ‘não provocada’ a ter poderes mágicos. Afinal *vox populi, vox Dei*, a voz do povo é a voz de Deus.” (*Ibid.*, p. 212). *Ir às vozes* passou a ser, tanto em Portugal como no Brasil, uma forma de saber das coisas, investigar os casamentos alheios e os vindouros, etc. “Talvez por ter sido o ‘companheiro do homem’, o Trismegisto morreu tão tarde [há referência de que Hermes tenha morrido no século XVII] e, bem antes de suas exéquias, mereceu o quinto hino órfico: *Tu, mensageiro do deus, profeta do logos para os mortais...* O saber divino, diz Rahner, que nos libera de nós mesmos, que vem a nosso encontro [...] *ánóthen* e [...] *theóthen*, do alto e de Deus, é o [...] *lógos prophorikós*, ‘a palavra tornada audível’, e Hermes é justamente isto!” (*Ibid.*, p. 216-217). Assim, tido como o intermediário entre o céu e a terra, Hermes tem esse poder: a simbologia de um mensageiro diz exatamente da distância entre conhecedor e verdade, sujeito e objeto, factual e contrafactual, etc. Essas características aqui nomeadas, de uma forma ou outra, revelam caracteres que serão retomados, de forma aberta ou velada, quando do estudo da hermenêutica. Não significa dizer que o caráter (ou as ações) de Hermes, como ser divino, desenhou (ou implicariam) a hermenêutica como “ciência interpretativa”, mas trata-se de reconhecer que a etimologia do termo tem algo a passar, algo a ensinar. As afirmações realizadas dizem respeito à mitologia grega na visão de Junito de Souza Brandão, especialmente o capítulo VII, do volume II de sua coleção **Mitologia grega**. Para acesso pleno e completo, ver: BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, volumes I, II e III.

<sup>249</sup> “Desde Heidegger, a hermenêutica passou a ser associada a uma perspectiva fundamental (não como ‘arte da interpretação’, ou coisa do gênero), dizendo agora respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana. O filósofo reelabora a relação entre ‘compreensão’ e ‘interpretação’, dando primazia existencial à primeira, ao afirmar que ‘interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender’. A partir daí, é possível dizer que qualquer significação que se atribua a um ente é, na verdade, uma *interpretação*, visto que toda a atividade do sujeito está calcada em um momento prévio, fundante, de abertura para o mundo. Isso faz com que a linguagem assuma um caráter central, indissociável do pensamento, sendo constituinte e constituidora do saber.” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 213).

textual. Seu uso, portanto, albergava dois propósitos: compreender corretamente os conteúdos naturais de um texto, normalmente no âmbito da arte, da religião ou do direito; e prescrever regras e métodos capazes de conduzir a percepção humana ao conteúdo considerado correto<sup>250</sup>.

Mas este foi o desenho iluminista-racionalista do conceito de hermenêutica: a construção de um conhecimento *certo* e *objetivo*. A primeira quebra deve-se a Wilhelm Dilthey, que estatuiu a diferença entre a metodologia das ciências do espírito e as ciências naturais, sendo as primeiras baseadas na *compreensão* e as outras na *explicação*. A hermenêutica, assim, passou a designar a metodologia própria das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*)<sup>251</sup>.

Isso dito, pode-se entrar na obra de Martin Heidegger<sup>252</sup>. Aluno de Edmund Husserl, Heidegger adotou a fenomenologia do mestre com ajustes<sup>253</sup>. A partir das indagações acerca da natureza da linguagem e, principalmente, do uso

---

<sup>250</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 233-234.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>252</sup> Ernildo Stein, certamente uma das pessoas que mais conhece a obra de Martin Heidegger, no Brasil e no mundo, refere que se pode separar a obra do filósofo alemão em duas partes: Heidegger I, justamente o que estudou a fenomenologia de Husserl e, a partir dela, desenhou a obra *Ser e Tempo* (*Sein und Zeit*); e Heidegger II, aquele que, verificando a surpreendente explosão filosófica de sua obra, junta-se aos leitores para relê-la, e nesse retorno se percebe transcendentalista, ainda. A partir disso promove a *Kehre*, a viravolta, um esforço no sentido de perceber que, estando imerso na metafísica, torna-se necessário verificar se ele estaria apto a alcançar a dimensão historial, para além da transcendental. Ao cabo da apresentação de seu livro, Stein refere um Heidegger III, surgido precisamente após a Segunda Guerra Mundial. Este seria o Heidegger maduro, que coloca em teste, nos mais diversos âmbitos da vida cotidiana, a sua analítica existencial e seus manifestos contra o esquecimento do ser. Tais questões, embora específicas das ciências, da cultura, da condição humana, revelam o verdadeiro querer de Heidegger, um trabalhar localizado, demonstrando, sempre com precisão, o lado oculto do não dito, comprovando a pertinência do esquecimento do ser (própria do Heidegger II) e da analítica existencial (do Heidegger I). Ao cabo e concluindo, Stein pontua que: “Não existem três Heidegger. Foi a procura de uma compreensão das etapas de sua obra monumental e de seu projeto imanente que levou à criação do Heidegger I, II e III.” (STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. p. 21-28).

<sup>253</sup> Sobre a diferença entre a *fenomenologia transcendental* husserliana e a *fenomenologia hermenêutica* heideggeriana, aponta Manfredo Araújo de Oliveira: “O ponto de partida é a fenomenologia de Husserl, cuja tarefa fundamental era tematizar a subjetividade anônima constituidora do mundo objetivo, enquanto mundo de sentido. Heidegger confronta-se, então, com a tese central dessa fenomenologia: a tese da *intencionalidade*. Toda consciência é sempre consciência de algo, isto é, constituição de uma objetividade. Aqui está, precisamente, a originalidade de Husserl em relação à tradição do pensamento transcendental: para Husserl há uma pluralidade de formas de objetividade de tal modo que é tarefa da fenomenologia pesquisar os diferentes modos de dar-se do real ao homem. Ora, Heidegger, radicalizando a fenomenologia, supera-a na medida em que se pergunta pela própria condição de possibilidade de qualquer dar-se, ou seja, trata-se de explicitar a esfera da possibilitação do próprio encontro entre subjetividade e o mundo” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 207).

instrumentalizado desta por parte da subjetividade, mergulhou em um abismo para investigar a relação primária, essencial entre homem e linguagem.

O primeiro movimento heideggeriano consiste em comprovar a insuficiência da metafísica, explicitando os problemas do conhecimento científico calcado na concepção matematizante de cariz cartesiano. A fenomenologia de Husserl tinha tal crença: via na matemática um modelo científico, cujo rigorismo objetivante deveria iluminar as carências das demais formas de pesquisa. Um pensar que trabalha em uma perspectiva ontológica exige um rigorismo muito superior, capaz de compreender a contingência e a precariedade própria como condições do saber.

É justamente esse aspecto que é ignorado pela metafísica, pois seu entendimento acerca do positivo, do dado-objeto, revela que suas leituras da realidade pretensamente corretas/verdadeiras são, em verdade, averiguações do *nada*. E o nada, como afirma Heidegger, “é o véu do ser”, ou seja, toda averiguação subjetiva que parte do positivo, objetivando-o, não faz mais que perquirir pelo nada, pois procura no ente algo do ser. O ser, neste sentido, não é qualidade ôntica do ente<sup>254</sup>; é mais profundo, é ontológico. O ser só se revela no ente se a busca for, originalmente, direcionada ao ser.

Com isso, Heidegger denunciou o problema da linguagem dentro de um paradigma da filosofia da consciência, que faz um *uso indevido*<sup>255</sup>, compreendendo-a como mero veículo de transporte dos sentidos, instrumentalizando-a. Assim:

---

<sup>254</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 132.

<sup>255</sup> A locução “uso indevido” é essencialmente pleonástica, justamente nesta circunstância de referir-se ao estudo da ontologia hermenêutica, pois qualquer *uso* da linguagem será *indevido*, por uma razão essencial e inexorável: a linguagem não é algo que esteja à dis-posição (*Ge-stell*) de qualquer subjetividade. Ninguém (nenhum ser-no-mundo) pode “dizer-a-posição” (pois é isso que significa *disposição*) da linguagem, pois qualquer ser só é por um ato permissivo e anterior à linguagem. A explicação, acrescida de um exemplo, é de Lenio L. Streck: “A diferença entre essa ‘distinção epistemológica’ e a ‘distinção hermenêutica’ é que, nesta a transcendência se dá em direção ao mundo prático, isto é, não há esse abismo ‘epistêmico’ (por isso, a linguagem já não é uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto). É possível assim falar de um ‘desprendimento dos entes’ (*Sichloswerfen* ou *Loswurf*) a partir de Heidegger. Dito de outro modo: as coisas só adquirem sentidos em virtude de serem transcendidas. Esse sentido ocorre a partir da força dos efeitos que a história tem sobre a fusão de horizontes. E é a linguagem – que não está à disposição do sujeito – que permite essa atribuição de sentido. De que modo ocorre esse ‘processo de atribuição de sentido’, isto é, essa ‘transcendência’ do ôntico (do primado do ôntico)? O ôntico é caminho para o ontológico. Veja-se o exemplo de uma universidade e o caso do exame oral. O que é uma universidade? É um lugar onde se ensinam coisas. Como se ensina? Um professor fala e os alunos ouvem e anotam, procurando compreendê-lo. Em dado momento, chega uma pessoa e se depara com um exame oral. O que ela vê? Vê os professores perguntando e anotando o que os alunos respondem, sistematicamente. Essa pessoa poderia achar tudo isso muito estranho, uma vez que se está diante de uma situação em que os alunos parecem ensinar o professor. Porém, quando ela olha esse objeto, há uma transcendência, porque, antes, ele dá um ‘salto por cima do objeto’, ele

A experiência da linguagem como informação se faz a partir de determinado paradigma: o paradigma da subjetividade, da consciência, que encontrou sua realização plena na atual fase de nossa civilização. Não é possível experimentar a linguagem desde outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, consciência-mundo? Em suma, para Heidegger, a manifestação epocal da linguagem como informação pressupõe o paradigma das teorias da consciência e da representação. Todo o seu esforço filosófico consiste em mostrar as bases de outro tipo de experiência com a linguagem, mas onde a linguagem constitui momento fundamental para toda experiência do real. Ora, o que Heidegger pretende, não negando o valor do caráter instrumental da linguagem, é fazer o “*passa para trás*”, a fim de poder pensar a relação originária do homem com a linguagem que, para ele, não constitui uma pesquisa a mais ao lado das ciências e da filosofia da tradição, mas é uma descida a seus “fundamentos”, pois é essa relação originária que é sempre pressuposta em toda ciência e filosofia.<sup>256</sup>

Com isso Heidegger pretendia perquirir uma forma de sentir a linguagem, não de colocá-la diante do sujeito cognoscente, para que este analisasse seus meandros, observasse suas arestas. Isso, para Heidegger, é impossível. Quem pensa, pensa a partir da linguagem. Não há nada que o homem faça sem a mediação da linguagem (não no sentido de “colocar-se entre”, mas como “permissivo”). De objeto de estudo (como faziam as teorias semânticas) a linguagem assume outra posição: a de condição de possibilidade.

É dessa forma que a filosofia assume um caráter de *ontologia hermenêutica*: não importa mais, com Husserl, quais as formas em que o sentido se dá ao subjetivo; importa, por outro lado, com Heidegger, saber como o sentido do sentido exsurge. Enquanto Husserl pregava a distinção entre *atitude natural* e *atitude transcendental*, sendo a primeira entendida como a vida cotidiana, como movimento do ser no espaço da vida, e a segunda como a missão própria da filosofia, ou seja, a própria atividade do rigor científico, Heidegger diverge.

Essa dualidade revela que Husserl pretendia uma filosofia artificial, descolada da vida cotidiana, como se o rigorismo derivasse de um afastamento. Heidegger faz o movimento exatamente oposto: o que filosofia deve(ria) fazer é explicitar a

---

transcende o objeto para um além, que é o funcionamento de uma universidade. Esse salto é dado graças à sua pré-compreensão. Afinal, aquilo é um exame oral, e só se pode falar de um exame oral se já se sabe como funciona uma universidade” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 569-570).

<sup>256</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 205.

transcendentalidade da vida inserida no mundo<sup>257</sup>. Por isso não se está a falar de uma ontologia tradicional. Não basta buscar o fundamento na tradição.

Trata-se de ontologia num sentido diferente da tradição, porque aqui é tematizado o que a tradição sempre esquece: o sentido do ser. Só que o filósofo hermeneuta se orienta na compreensão. Sempre se compreende a partir de uma “situação hermenêutica”. O que se compreende é o que é dado na tradição, o que tem o caráter de acontecimento, de dádiva. Em outras palavras: no lugar da teoria absoluta que diz para sempre o que é o ser, emerge, agora, uma “teoria provisória” que explicita o sentido do ser desde a “situação”. Nunca se pode dizer definitivamente o que o ser é.<sup>258</sup>

Em outras palavras, o que Heidegger fez foi “expor a fratura”. Metaforicamente, a dor oriunda de uma fratura não é vista, mas é sentida, pois a missão heideggeriana consistia em “des-velar” (*tirar o véu que encobre*) a origem do sentimento. Demonstraria, assim, que o sentido (como algo que se sentiu) só tem sentido (como significado) no ser. Mas não em qualquer ser, mas naquele ser que abre o espaço da subjetividade, que permite que a linguagem constitua o ser-aí, justamente o *Dasein*.

Aqui se adentra na problemática da existência do ser, o segundo movimento heideggeriano. Antes se disse que “pensar é algo que se faz a partir da linguagem”. Mas a linguagem não antecede apenas o pensar, nem nenhuma ação subjetiva, em particular. Em verdade, a linguagem antecede a existência. A percepção subjetiva da existência de algo/alguém é antecedida. Assim, a linguagem possibilita a existência do ser, o ser que assume uma subjetividade, e aterrissa no mundo: o ser-aí, o *Dasein*. Por isso “a linguagem é a morada do ser”, pois Heidegger descreve o caminho da linguagem em um retorno ao ser-aí, sendo que o tempo assume a temporalidade que possibilita a compreensão do ser-aí, do *Dasein*.

Em suma, aprendemos a nos conhecer, a conhecer os homens e o mundo na medida em que aprendemos a falar. Aprender a falar é, portanto, ter o acesso originário ao mundo enquanto tal. Se a linguagem é a casa do ser, então ela é a nossa morada, porque somos ser-no-mundo: nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós.<sup>259</sup>

---

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 133.

<sup>258</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 208.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 216.

É dessa forma que Heidegger inaugura um ataque avassalador contra a metafísica: o que se faz em termos de proposições de ordem lógica, científica, não é linguagem do ser – isso é tarefa da ontologia hermenêutica; é, sim, uso instrumental da linguagem no nível de sentenças possíveis, é explicitação dos entes, é verificação semântica. Lógica e ciência, neste aspecto, são gêmeos da metafísica, pois sua percepção da linguagem não ultrapassa o ente, não pergunta pelo ser. Só a filosofia faz isso: o sentido do ser desvelado no ente é a ocupação genuína da filosofia hermenêutica, e só ela pode averiguar este sentido, pois parte do *Dasein* para compreender-se. Por isso que compreensão é, desde sempre, autocompreensão (*Selbsvertändnisses*).

Imperioso, assim, frisar a natureza desse duro golpe. Ele destitui tudo o que foi produzido filosoficamente, desde priscas eras, para imputar-lhes o fardo (adimensional) da metafísica. Pois tudo que se fez, ao que tudo indica, em termos de ciência e lógica, não foi mais do que perquirir o sentido do ente. A ignorância para com o conceito de *diferença ontológica* (*ontologische differentz*) implica na automática desconsideração da subterrânea natureza da linguagem constitutiva do ser. O segundo movimento desemboca no primeiro: perquirir o sentido do ser implica na superação da metafísica, e isso é inexorável.

Por essas mesmas razões, Heidegger afirma que a filosofia está morta: agora, há que se começar a pensar. O não dito é que, até a década de vinte do século passado, não se fez outra coisa senão ignorar o ser<sup>260</sup>. O que morreu, efetivamente, é a filosofia enquanto pensamento metafísico (no sentido de epistemologia do ente, fenomenologia transcendental, ou ôntica). O pensamento, portanto, passa a ser a porta existencial de uma ontologia hermenêutica. Pois essa diferença não é simplesmente ôntica, ou epistemológica, como fazia o discurso filosófico da objetivação, objetivante, objetificador: ela passa a ser ontológica.

Por isso que Stein afirma que *pensar é pensar a diferença*. A filosofia (que morreu) não pensava. Não o fazia, pois acreditava no método (como momento

---

<sup>260</sup> Referindo-se à questão do ser, Heidegger aponta: “Embora nosso tempo se arrogue o progresso de afirmar novamente a ‘metafísica’, a questão aqui evocada caiu no esquecimento. [...] A questão referida não é, na verdade, uma questão qualquer. Foi ela que deu fôlego às pesquisas de Platão e Aristóteles para depois emudecer *como questão temática de uma real investigação*. O que ambos conquistaram manteve-se, em muitas distorções e ‘recauchutagens’, até a *Lógica* de Hegel. E o que outrora se arrancou, num supremo esforço de pensamento, ainda que de modo fragmentado e tateante aos fenômenos, encontra-se, de há muito, trivializado” (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 37).

supremo do cartesianismo), como forma de objetivação: termo que aqui representa exatamente a eliminação da subjetividade na investigação científica; ponto que mereceu críticas, como a de Popper, referida acima, em contraponto com o objeto do estudo. Esse pensar era o conhecer científico, a descoberta da coisa pela subjetividade.

Mas o que ressalta Stein é que

O problema começa quando não percebemos que, com a atitude de objetivar ou objetificar, estamos apenas permitindo que apareça um aspecto da nossa relação com as coisas, com os eventos e com as pessoas. É nesse sentido que a objetivação ou a objetificação passam a ser objeto de crítica. Pois o filósofo, pelo próprio desenvolvimento de seu conceito de fenômeno, trabalha com o binômio velamento e desvelamento, o manifesto e aquilo que só se mostra através de uma espécie de ocultamento. A objetivação olharia apenas o aspecto do desvelamento e esse numa perspectiva de um sujeito que se situa diante de um objeto. Nessa relação, tanto a coisa, como o evento ou a pessoa passam a ser simplesmente objetos da representação do sujeito. Esse passa a ter um domínio sobre aquilo que ele coloca na sua frente e do qual ele dispõe como sujeito. Dessa maneira, o acontecer ou o apresentar-se, ou ainda o vir-ao-encontro com o seu modo de ser, das coisas, dos eventos e das pessoas é negado, é encoberto, ou mesmo totalmente ignorado.<sup>261</sup>

Então, o que fica ignorado é justamente a *ontologische differentz*, pois é ela que permite a compreensão do ser por meio do ente. O ser do ente só se revela ao olhar que pensa a partir da diferença. É aqui que reside a crítica à relação sujeito-objeto: ela é entificadora, é posterior. Mas é importante perceber um detalhe: como apontado por Stein, Heidegger joga com ambos os níveis do conhecimento: o ôntico e o ontológico. A diferença é, assim, o perceber que a linguagem tudo antecede, sendo ela a condição de possibilidade do ser se desvelar. A crítica se mantém porque a dimensão ôntica não pode obnubilar completamente a dimensão ontológica. Por tal razão, pensar é pensar a (partir da) diferença: ela convida a subjetividade para vir-ao-encontro e perceber que ela e a coisa já se encontraram antes, que são “velhas conhecidas”, desde sempre, na pré-compreensão. Nesse sentido, Streck pontua que

O *Dasein*, nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade. Daí que, para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de “objetos” com os quais, num segundo

---

<sup>261</sup> STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002. p. 191.

momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o *Dasein* já dispõe. *O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de ideias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença.* O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o constitui. É essa ideia do conhecimento – como articulação de uma *pré-compreensão* (*Vorverständnis*) originária – que Heidegger chama de “círculo hermenêutico”.<sup>262</sup>

O *Dasein*, assim, com seu caráter pré-ontológico, determina a experiência do ser, pois evidencia um aspecto da compreensão que faz dele anterior a tudo. Neste sentido, é o *Dasein* que dita as condições da própria compreensão, que, desde sempre, lhe é caudatária. Com efeito, o homem só é quando tem sucesso na abertura da clareira, na criação do vazio, para que a *pre-sença* dos entes se mostre, apareça. Esse aparecimento diz da possibilidade que uma subjetividade compreenda. Portanto, *Dasein* é onde o ser ocorre, é essa clareira onde o ser-aí se manifesta.

Na profundidade do sentido do ser que se temporaliza não se encontra nenhuma vontade. A filosofia da consciência é ultrapassada quando a vontade de definir sentidos do sujeito solipsista é frenada pelo chamado do sentido histórico do ser. Nenhum sujeito diz de seu mundo e de si mesmo arbitrariamente; antes disso, esse sentido se desvela, aparece diante da subjetividade, a interpela, a chama. O ser emerge, expõe a verdade, dá a liberdade. Quando o ser convida o ouvinte, ele passa a ser-aí. Sem ouvinte não há chamado, sem voz não há o que ouvir<sup>263</sup>.

Heidegger apontou, portanto, para a diferença ontológica entre ser e ente, que demonstra a necessidade de um redirecionamento da filosofia para o ser:

---

<sup>262</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 250-251.

<sup>263</sup> “Nesse sentido, o homem é originariamente diálogo, linguagem: diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela. Ser homem é, assim, acolher o chamado como historicamente incondicionado e inevitável. Se o ser é revelação do sentido-interperlação, dom ele é, também, essencialmente mistério, pois esse sentido não é previamente determinável; ele provém da escuridão do inconceituável previamente. É um dar-se histórico, marcado pela imprevisibilidade, improgramabilidade de tudo o que é propriamente histórico. O ser, portanto, não é objeto de uma conquista do homem; antes, é o ser que possibilita as conquistas do homem, o conceituar e o dominar o mundo das coisas” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Loyola, 2001. p. 220-221).

Toda linguagem humana é perpassada por uma dimensão de profundidade anterior à instância proposicional, fonte mesma de toda fala. Neste sentido, pode-se dizer que nossa linguagem é sempre marcada por uma *tensão estrutural*, pois nela acontece a diferença ontológica: em nível proposicional falamos dos entes, mas enquanto falamos dos entes, apontamos para o ser, que é a condição de possibilidade do nosso falar sobre os entes. Por isso, a dimensão radical da linguagem é o dizer do ser. A linguagem, contudo, não produz o ser nem o domina; seu papel é mediar sua manifestação. O ser-homem é, assim, inseparável da linguagem, pois, na medida em que vela pela revelação do ser, ele abre um espaço para emergência de uma vida marcada pelo sentido. Assim, fica aberto para a verdade de tudo: falar é desvelar o mundo, tornar possível a emergência do sentido essencial e constitutivo de tudo. É só a partir da linguagem que o homem tem propriamente o mundo, onde todas as coisas podem encontrar seu lugar.<sup>264</sup>

Embora o homem não pense sobre os fundamentos de seu pensamento, continua pensando. Embora não questione os fundamentos de suas ações, ainda vive. O convite do ser é, portanto, a manifestação do convite à fundamentação histórica do ser que, quando temporalizado em ser-aí, se porta diante do mundo, interage, mergulha na práxis.

Se se prestar a devida atenção, ver-se-á que o Direito encontra-se imerso neste problema metafísico: apoiado em teorias positivistas, a ciência do direito nunca fez mais que construir cientificidade em cima de conceitos abstratamente construídos, sempre alheios ao problema do ser. Ocupando-se do ente, o discurso jurídico nunca fez mais do que cientificizar o *nada*, e procurar pelo ser, no ente, é infrutífero, inócuo, pois o ente não é nada, senão mera projeção do ser.

A exposição dessas rápidas linhas, sempre com a ciência de que falar sobre algo automaticamente desperta um não dito, tem a pretensão de elucidar questionamentos básicos acerca da riqueza do pensamento heideggeriano. Para além de aprofundamentos, inserções de cunho rico e reflexível, fica o alerta de que Martin Heidegger proporcionou uma revolução na filosofia. *Sein und Zeit* causou um impacto tão grande que o ainda jovem Martin passou a ser um renomado filósofo.

Seu envolvimento amoroso com Hannah Arendt, sua filiação ao partido nazista, seu julgamento enfrentado com firmeza, sua pena de afastamento da cátedra sugerida por Karl Jaspers, seu período de internação psiquiátrica, todas estas, entre

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 222. A título de coerência e oportunidade, recorde-se que foi feita a menção de que o estudo da hermenêutica revelaria retornos aos predicados enunciados pela mitologia grega a respeito de Hermes Trismegisto. Pois esta citação, e a anterior, que trata da linguagem e da fala em relação à diferença ontológica entre ser e ente, revela uma incondicional ligação entre Hermes Trismegisto e a voz, a fala.

outras questões que conturbaram a vida de Martin Heidegger, jamais destruíram a riqueza de seu edifício teórico. Com o findar da Segunda Grande Guerra e, notadamente, após sua alta hospitalar, Heidegger voltou a produzir. Com a ajuda de Hannah Arendt, sua obra foi ainda mais difundida (visto que Hannah residia nos EUA, fugitiva da perseguição nazista), seu respeito reconstituído, graças também ao apoio do amigo Jean Paul Sartre.

Heidegger encontrou a ponta da sua linha de finitude sem poder terminar sua obra. Seus escritos, seus pensamentos, suas descobertas foram revelados, mas sem finalizar o projeto de uma filosofia completamente destranscendentalizada e absolutamente historicizada. Como legado, deixou aos seus alunos tal missão.

Dentre eles, destacou-se Hans-Georg Gadamer, entendido como o mais ilustre e produtivo aluno. Chega-se ao momento de compreender alguns aspectos fundamentais, de onde a ontologia (ou filosofia) hermenêutica se torna hermenêutica filosófica.

### 3.2 HANS-GEORG GADAMER: DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

*Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (que, para os filólogos, são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”.*  
-Hans-Georg Gadamer<sup>265</sup>

Pautado nas diretrizes filosóficas de Heidegger, Gadamer maximizou a grandiosidade teórica de *Ser e tempo*. Por pretender um projeto filosófico que compreende a problemática do esquecimento do ser, Gadamer realizou profundas leituras de Heidegger, o que culminou na sua obra *Verdade e Método (Wahrheit und Method)*, apontado como “verdade contra o método”.

Inicialmente, Hans-Georg Gadamer altera o que se compreende por hermenêutica, formulando não simplesmente um novo conceito, mas aprofundando as

---

<sup>265</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2007, p. 355.

raízes do saber, fazendo-as encontrar algo escondido na cristalização da linguagem pelo uso corriqueiro.

Não se trata, portanto, de falar acerca da mesma hermenêutica que o homem vinha desenvolvendo desde a modernidade, ou seja, de uma hermenêutica clássica, calcada no saber desenhado pela metafísica. Essa era justamente a hermenêutica como método hermenêutico, ou seja, a ciência da interpretação (*sic* - como se fosse possível falar em hermenêutica como ciência, também no sentido cartesiano do termo). A inovação gadameriana, portanto, reside no lançamento da ideia de hermenêutica para um horizonte temporalizado, finito<sup>266</sup>, dentro do que Heidegger denominou de compreensão. Portanto, se compreender não equivale a “tomar conhecimento do que se interpretou” e assume um caráter de “modo-de-ser-no-mundo”, então a hermenêutica, cuja essência é a compreensão, mergulha na historicidade do ser.

A principal diferença de Gadamer e Dilthey reside justamente nessa explicitação peculiar da vida-enquanto-algo-que-se-dá-na-temporalidade. Assim:

A pergunta fundamental que vai marcar o pensamento de Gadamer é: que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se 'carregado' por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?<sup>267</sup>

Isso revela outra importantíssima consideração. Gadamer não está discutindo a hermenêutica no sentido de uma disciplina instrumental, que estabelece as regras do jogo da compreensão, como se o sujeito pudesse manejar a linguagem e os sentidos, e com eles obter o conhecimento da forma que melhor lhe aprouvesse. Essa não é, definitivamente, a hermenêutica gadameriana. A questão assume um caráter transcendental, no seguinte sentido: “como é possível a compreensão?”<sup>268</sup>

Não se duvida que exista um sentido para as coisas, mas o questionamento é o que permite (dá as condições) que esse sentido seja, não para a consciência pensante que se isola em um momento de reflexão extra-histórico, mas para que seja possível o ato de compreender. E acabar com esse “sonho eremita” implica em recolocar o sujeito de onde ele nunca saiu (ou deveria ter saído): no mundo. Com Heidegger, o

---

<sup>266</sup> “Há hermenêutica por que o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico, e isso marca o todo de sua experiência de mundo” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001, p. 225).

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 226.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 227.

avanço filosófico permite perceber que o sujeito não consegue superar sua condição de ser-no-mundo, que não pode extrair-se do processo para analisá-lo de fora.

Só no (re)encontro do sujeito com sua temporalidade é que reside a permissão para que ele, efetivamente, “seja”; e não ser qualquer ser, mas, sim, o seu ser. Por isso, é “no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos dos sentidos.”<sup>269</sup>

Então, dada essa finitude que desenha os caminhos e as possibilidades do *self*, essa é uma hermenêutica da facticidade, que recoloca o sujeito no mundo, reconvitando-o a encontrar-se consigo mesmo. Isso porque o *self* é alguém olvidado nas dualidades metafísicas. Isso não implica uma “limitação do ser”. Buscar-se na historicidade não fecha as possibilidades do ser, muito pelo contrário. Perquirir-se é, na verdade, condição de possibilidade de ser. Significa dizer que, desde o passado até o presente, se desenhou uma série de características caras ao sujeito, que o projetam para o futuro e perfilam sua possibilidade de compreensão (de ser, portanto). E essa tradição, que é anterior, não está ao dispor do sujeito, porque o antecede, lhe permite o ser.

Isso implica diversas consequências. As que importam, para o presente estudo, restringem-se ao seguinte prisma: quem compreende o faz a partir de um horizonte anterior de compreensão, que delimita os sentidos dos sentidos e, ao contrário do que subjaz como conteúdo da modernidade, não está ao dispor de métodos compreensivos e manipuladores do solipsismo próprio de uma herança filosófica conhecida por filosofia da consciência. Ou seja, até mesmo a razão fecundada na noção de autoconstrução (significa dizer, a base do Iluminismo - *Aufklärung*) não é nada senão uma possibilidade histórica. Numa frase: quem pensou que poderia descolar a razão do mundo carnal, para dar-lhe superpoderes compreensivos e analíticos, numa espécie de “ciência-como-luz”, só o faz por uma (singela e quase despercebida) autorização compreensivo-temporal. E a declaração desse problema fica sedimentada na tentativa de localizar uma verdade válida universalmente, sem perceber, de plano e em princípio, sua própria condição mundana como algo inarredável, condicionante e condicionada. O que há (no sentido de existir) só é (adquiriu existência) porque tem uma historicidade fundante (que sempre é anterior).

---

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 227.

Então, o que se tem, a partir de Heidegger, e agora com Gadamer, é uma hermenêutica filosófica (que parte, como se procurou demonstrar, da ontologia – ou fenomenologia, ou ainda, simplesmente, filosofia – hermenêutica), cuja crítica avança contra a filosofia da subjetividade, típica de quem pretende dizer os sentidos a partir de uma ficção de linguagem. E, ao invés de apostar nas estruturas anteriores à consciência que constituem a língua, a hermenêutica, agora filosófica, aposta na historicidade do ser-no-mundo, na pré-compreensão como elemento fundante dos sentidos e na compreensão não como apreensão-de-sentido (seja qual sentido for), mas como condição de possibilidade do próprio *Dasein*.

Essa pré-compreensão é alheia ao individualismo da consciência como centro do instrumentalismo racional. Logo, para que a historicidade determine os sentidos, pouco importa se a consciência tomou conhecimento de sua atuação ou não: ela é anterior, independente. Ao vir do passado, o sentido abraça o que compreende e o que é compreendido em um só movimento.

Nisso consiste a pretensão de universalidade da hermenêutica: como essa antecipação de sentido se dá fora da consciência (ou melhor: por ser anterior, dela independe), então não há que se temer a manipulação dos sentidos pelo sujeito que compreende. O sentido se mostrará na subjetividade como uma substancialidade que é anterior e que não pode ser manipulada, nem mesmo pela vontade daquele que compreende<sup>270</sup> (referindo sempre que, em hermenêutica, *compreender* tem ligação imanente com *ser*).

A história passa a ser a mediadora do processo cognitivo, seja por vincular o sujeito cognoscente ao mundo, no presente processo de autocompreensão, seja por vincular o objeto compreendido à sua própria historicidade. Ao fazer isso, torna inócuas as quatro máximas de Descartes<sup>271</sup>, pois nunca se poderá retornar ao

---

<sup>270</sup> “Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2007. p. 356).

<sup>271</sup> “A primeira era obedecer às leis e aos costumes de meu país, retendo constantemente a religião na qual Deus me deu a graça de ser instruído desde minha infância, e governando-me em todo o resto conforme as opiniões mais moderadas e afastadas do excesso [...]. Minha segunda máxima era ser o mais firme e o mais resolute m minhas ações quanto pudesse, e não seguir menos constantemente as opiniões mais duvidosas, uma vez que a elas me tivesse determinado, como se fossem muito seguras. [...] Minha terceira máxima era procurar sempre vencer antes a mim mesmo do que a

fundamento último, primitivo, capaz de suportar o peso da razão cartesiana. Esse retorno infinito externa uma falha do projeto filosófico cartesiano, denunciado pela hermenêutica: a busca de uma fundamentação apenas demonstra que não houve uma compreensão adequada do fim da filosofia da subjetividade, do esquema que separa sujeito e objeto, dos padrões ocidentais de uma metafísica moderna e da crença de que uma subjetividade pode encontrar a verdade mediante um “método” que lhe outorgará a sapiência.

Todos esses apontamentos convergem para uma frase: ignora-se que o sujeito vive no mundo, isso porque ser significa ser-aí. Ninguém e nada simplesmente *é*. O verbo *ser* pressupõe colocação histórica. Essa é a base da hermenêutica gadameriana. Isso significa, também, que o ser não *é* na história por assim desejar. Se o sentido advém da historicidade, esta não é manipulável, instrumentalizada. É a história que contém a experiência humana e não o contrário<sup>272</sup>.

Neste passo, a ontologia hermenêutica não faz mais uma pergunta pela realidade em si, mas pelo sentido que exsurge da pré-compreensão, para só então confrontá-lo com o sujeito. E a linguagem assume as rédeas desse processo: se é o sentido que exsurge no centro da atenção, então a compreensão ocorrerá com a interpretação, só possível na e a partir da linguagem.

Por isso que o termo “tradição” é tão caro para Gadamer: mais do que simplesmente “algo que vem desde o passado até o presente”, tradição aponta para uma dação, uma entrega, uma transmissão. Os costumes humanos, os mitos recriadores de heranças comunitárias e, sobretudo, os textos, são comprovações hermenêuticas de que o sentido, transportado pela linguagem, sempre é atual, sempre é presente. Ele aglutina a tradição desde o passado até o presente e faz os desenhos do futuro. A palavra escrita, mais que todas, aponta para uma ampliação de horizonte, uma abertura de mundo, só capaz pela riqueza do sentido conjuminado em linguagem, capaz de atravessar a delimitação da historicidade que a gestou, recriando-se a cada

---

fortuna, e mudar meus desejos do que a ordem do mundo; e, de maneira geral, acostumar-me a crer que nada está inteiramente em nosso poder a não ser nossos pensamentos, de modo que, tendo feito o melhor tocante às coisas que nos são exteriores, todo o que não podemos conseguir é, para nós, absolutamente impossível. [...] Enfim, como conclusão dessa moral, resolvi passar em revista as diversas ocupações que os homens têm nesta vida, a fim de escolher a melhor, e, sem querer dizer nada das dos outros, achei que o melhor seria continuar naquela em quem encontrava, isto é, empregar toda a minha vida em cultivar a razão e avançar tanto quanto pudesse no conhecimento da verdade, segundo o método que me prescrevi.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: LP&M, 2008. p. 59-63).

<sup>272</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 232.

leitura. Nesse sentido, uma descontextualização é sempre uma (outra) contextualização<sup>273</sup>.

Logo, a compreensão que se dá, a partir de um texto, não é mera leitura de algo passado. Ela busca, necessariamente, um suporte (um *con-texto*, ou seja, um contingente de coisas e situações que acompanham o texto), para torná-lo presente. E ao fazê-lo, busca uma idealidade.

Então a compreensão debruça sobre o sujeito uma tarefa de vigilância, no sentido de que:

*Afinal, são os pré-juízos não percebidos que, no seu domínio, tornam-nos surdos para a coisa de que nos fala a tradição, como bem explica Gadamer. Pré-juízos falsos/inautênticos devem ser desmascarados, anulando-se a sua validade, uma vez que, enquanto continuam a nos dominar, não os conhecemos e nem os repensamos como juízo. Daí a contundente assertiva de Gadamer, alertando para o fato de que não será possível desvelar um pré-juízo enquanto ele agir continuada e subrepticamente, sem que saibamos, mas, sim, somente quando ele for, por assim dizer, suscitado. E essa suscitação somente ocorre no encontro com a tradição.*

*E observemos: se é verdade que existe uma tradição ilegítima que conforma o *modus* interpretativo dos operadores do direito – pelo qual ainda se crê na *plenipotenciabilidade da regra*, na equiparação (metafísica) entre texto e norma, entre vigência e validade, e pela qual ainda se acredita, de um lado, na possibilidade da busca das essências (vontade da norma, espírito do legislador, no mínimo) e, de outro, na direção inversa, crê-se em uma espécie de livre atribuição de sentidos –, também é verdade que há uma tradição legítima, conformada a partir do *Constitucionalismo Contemporâneo e das posturas pós-positivistas que apontam para a superação desse modelo exegético-positivista, que dá azo a decisões fruto de (meras) subsunções, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito*. É nesse universo – de avanços e retrocessos – que se colocam os pré-juízos (autênticos ou inautênticos) conformadores da capacidade de compreensão dos juristas.<sup>274</sup>*

De fato, há uma crença velada, como afirma Lenio L. Streck, na interpretação como ato objetivo, como se as coisas pudessem exprimir um sentido seu, único, fundamental e totalizante, bem como o inverso: como ato de vontade (subjetivo), como se as coisas não tivessem sentido algum, de forma que o sujeito pode atribuir-lhe o sentido que melhor o auxilie. Em direito, este jogo se opera com as ontologias, em que os significados difundidos entificam coisas, fundando-as, ou simplesmente não se aceitam significados externos, e cada intérprete desenha o seu.

---

<sup>273</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 233.

<sup>274</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322.

O que se perde, nesta imbricação, é justamente a fusão entre um aceitar que o texto diga algo de si e admitir que não se pode determinar significados às coisas, aleatoriamente. A hermenêutica filosófica, de cariz histórica, não opta nem pelo objetivismo nem pelo subjetivismo: ao contrário, exprime que texto e autor *convivem*; ambos pertencem ao contexto histórico, e quando seus horizontes de sentido se fundem, a compreensão exsurge. Cada vez que esses horizontes se fundem, novas informações permitem a lapidação da pré-compreensão, para que se torne, efetivamente, uma compreensão.

Essas linhas autorizam o adentrar no conceito mais caro, dentro da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), para contrapor-se à cisão discursiva: a *applicatio*.

### 3.3 *APPLICATIO* E CISÃO DISCURSIVA: EM DIREÇÃO ÀS LINHAS CONCLUSIVAS, OU DE COMO SE PRETENDE CINDIR O INCINDÍVEL

A construção da teoria discursiva do direito, de Habermas (e Günther), encontra um contra-argumento na questão da compreensão de Heidegger e Gadamer, notadamente no problema da *applicatio*. A questão se exhibe justamente na colocação, pela teoria discursiva, da interpretação, da compreensão e da aplicação, como momentos independentes, o que se revelará problemático.

Adota-se apontamento de Heidegger como ponto inicial: a interpretação é a elaboração das possibilidades da projeção da compreensão. Nessa elaboração, o compreender assume o que compreendeu, ou seja, “na interpretação, o compreender vem a ser ele mesmo.”<sup>275</sup> Então, compreender algo não significa *conhecer o que se interpretou*, mas, sim, *escavar a sedimentação da tradição para exhibir o sentido*. O para-quê determina a interpretação. Essa visão “pré-predicativa”, que insere predicados automaticamente a tudo que vem à mão, em verdade, é, desde sempre, um *em compreendendo* e um *em interpretando*. Logo, se conclui: compreender e interpretar não são dispositivos disponíveis à consciência, ao sujeito. Quando a razão pretende fazer moldagens, chega tarde; foi vencida.

---

<sup>275</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 209.

Para Gadamer, o intérprete tem uma função *negocial*. Significa dizer, ele intermedia (*interpres*) os diálogos, coloca-se entre texto e leitor. A interpretação ocorre nessa imbricação:

Após superar o elemento estranho do texto, ajudando assim o leitor a compreendê-lo, a retirada do intérprete não significa o desaparecimento em sentido negativo. Significa antes sua entrada na comunicação, resolvendo assim a tensão entre o horizonte do texto e o horizonte do leitor. É o que chamo de  *fusão de horizontes*. Os horizontes separados como pontos de vista diferentes fundem-se num. Por isso a compreensão de um texto tende a integrar o leitor no que diz o texto. É justamente aí que o texto desaparece.<sup>276</sup>

Com tal aporte, pode-se perceber que “a fusão de horizontes se dá pela aplicação”, ou seja, é nessa produção de sentido pela fusão que se aplicam conteúdos, tudo devidamente limitado pela pré-compreensão (*Vorverständnis*), não por preconceitos, ideologias ou valores<sup>277</sup>, mas pela antecipação de sentido da pré-compreensão.

A conversão de uma hermenêutica como metodologia em uma hermenêutica da facticidade, ou mais, uma hermenêutica filosófica, faz com que essa noção de fusão de horizontes encerre o (problemático) interpretar-por-partes, típico da hermenêutica clássica. “Primeiro a *subtilitas intelligendi*, depois, a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilitas applicandi*.”<sup>278</sup> Nessa perspectiva, o sujeito primeiro interpreta, para compreender, e só então aplicar. Esse ponto de vista é incompreensível a partir de uma ontologia fundamental, que traz a lume um contingente pré-predicativo: significa dizer que há muito da compreensão não determinada pelo sujeito. Mas também o sujeito não é espectador: os foros hermenêuticos impedem alienações, sendo que o círculo hermenêutico (velar e desvelar, do apofântico ao hermenêutico, e vice-versa) faz o todo ir até a parte, mas resgata a parte de volta ao todo.

---

<sup>276</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, v. II, p. 405.

<sup>277</sup> Importante referir que *Vorverständnis* nada tem a ver com ideologias, preconceitos ou valores intrínsecos aos sujeitos, ou próprios de uma sociedade pluralista, como pretendeu Daniel Sarmiento. Para evitar o mal-entendido, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 269.

<sup>278</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 271.

Em outras palavras, o sujeito não interpreta para conhecer, nem aplica o que compreendeu. Nesse sentido, introduz-se o conceito de *applicatio*.

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. Nossos pré-juízos, que conformam a nossa pré-compreensão, não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica. Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”. O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico – transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias.

A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível.<sup>279</sup>

Com tais aportes pode-se compreender porque o método da subsunção não pode mais ser concebido: não há como trabalhar com conceitos alheios aos casos, pois a hipótese não garante uma aplicação, não existe fora da historicidade. Sem facticidade não se tem a norma.

Isso autoriza uma breve revisualização sobre o que foi dito em termos de discursos dentro da teoria discursiva habermasiana. Nesse sentido, demonstrou-se que a operacionalização da razão que se pretende democrática, em Günther (e em Habermas, mesmo que indiretamente), exige dois momentos: um que analisa sua validade, outro que a aplica, adequando-a. Cada um perfaz um discurso: *Begründungsdiskurs* e *Anwendungsdiskurs*.

No que tange ao discurso de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), verifica-se que este diz respeito à validade: sem abdicar da razão prática, Günther quer comprovar que as normas encontram sua validade em procedimentos e em pessoas. É essa aceitabilidade racional que garante um nível suficiente de racionalidade, fortificado e potencializado pela universalidade do princípio “U”.

Numa frase, justificação/fundamentação advém do princípio democrático de que quem é destinatário de uma norma, deve ver nela seu intuito (individual-

---

<sup>279</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 288.

subjetivo) coletivizado, institucionalizado por procedimentos previamente conhecidos, em que seus atos de fala puderam ser ouvidos, defendidos e simetricamente considerados. Mas a justificação/fundamentação não garante efetivação de postulados morais, pois a razão prática que conduz o sujeito nos atos de fala é sempre contingente. Ela se dá aqui e agora, ou seja, esta senda permite inferir que ninguém levanta proposições universalmente válidas considerando *todas as situações* em que elas poderão ser convidadas a normatizar. A explicação é hermenêutica: não há grau zero de significado, nada há sem historicidade fundante<sup>280</sup>. Nada é-no-mundo sem ter-sido previamente, em nível de pré-compreensão<sup>281</sup>, sob pena de existir algo fora da linguagem<sup>282</sup>.

Diferindo da proposta kantiana de um princípio de universalização absoluto, Günther pretende construir o alicerce da cisão discursiva sobre um princípio de universalização mais conectado com os fatos, ou seja, não alheio à faticidade inerente

---

<sup>280</sup> Embora o estudo por vir aborde este ponto, remete-se, desde já, o leitor para o Capítulo 5 de: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>281</sup> Hans-Georg Gadamer, ao discorrer sobre os ensinamentos de Heidegger acerca da interpretação como afastamento (consideração da pré-compreensão) da posição prévia, da visão prévia e da concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht e Vorbegriff*), aduz: “Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ (que, para os filólogos, são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heróica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última’” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2007, p. 355.

<sup>282</sup> Segundo o Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, a natureza não é englobada pela linguagem. Aduz ele: “[...] a natureza só pode ser percebida pelo homem por meio da cultura (linguagem). Contudo, é sabido que ela existe independentemente da linguagem. Veja: é possível designar o interruptor de um abajur nas mais distintas línguas (português, alemão, mandarim, etc.). O funcionamento em si do mesmo independe da designação que se der a ele. Ora, isso é uma limitação inexorável do conhecimento, vez que o homem jamais terá acesso pleno (fora da linguagem) à natureza” (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 133-134). O equívoco do professor mineiro está em tratar *linguagem* como *língua*, e não como *medium*, onde a significação das coisas tem sentido. Por mais que se troque o idioma, o sentido é anterior: ele se dá na linguagem, cuja manifestação *língua (idioma) é posterior*. Na linha de Lenio L. Streck, verifica-se que a linguagem não é terceira coisa. Ela não se coloca entre os sujeitos do discurso, nem por eles pode ser manipulada. A linguagem é *medium*. É *locus*. “Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que, no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o campo da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante)” STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14. Extrai-se que não há um entendimento pleno e correto do *linguistic turn*, por parte do primeiro autor. Nos termos do mestre alemão: “Falar é falar sobre... [...] Toda fala tem algo sobre que fala (*Geredetes*) que, como tal, constitui propriamente o dito dos desejos, das perguntas, dos pronunciamentos”. Pois sobre aquilo que se fala, a linguagem, antes, já o contém (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução revisada de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 224-225).

aos postulados normativos. E esse movimento começa com a retirada da validade do pressuposto da universalidade, ou da completude para usar um termo positivista<sup>283</sup>, devolvendo-a para postulados de adequabilidade racional (complete-se: procedimental legislativa). Daí a necessidade da adequação, ou de uma universalidade “fraca” ou “mitigada”. O exemplo dado por Álvaro Ricardo é relevante:

[...] a norma que estabelecia a proibição de cães domésticos no metrô, vez que os mesmos estariam causando distúrbios e sujeira em área de circulação para a população. Certamente a norma, que é válida, não poderá fazer com que seu aplicador trate igualmente o cão de raça poodle de companhia de uma senhora e o cão de raça pastor alemão especialmente treinado para guia de um cego.<sup>284</sup>

Com efeito, Günther desenha os *Anwendungsdiskurs*. Os discursos de aplicação se movimentam na pragmaticidade do concreto, operando em postulados de adequabilidade. O discurso de aplicação é operado pelo magistrado, que considera todas as normas passíveis de aplicação em um determinado caso concreto, analisando e calculando, racionalmente, como, quando, onde e por que tal discurso de justificação/fundamentação deve ser aplicado e não outro.

Mediante os conceitos de *coerência* e *imparcialidade*, Günther quer produzir uma utilização adequada do discurso de aplicação, que analise e calcule todas as possibilidades ofertadas por todos os discursos de justificação/fundamentação.

Este movimento busca fazer com que a aplicação das normas seja orientada pelo problema. Assim, diferentes do positivismo normativo, os manipuladores dos discursos de aplicação devem estar cientes da potencial aplicação de uma pluralidade de normas, visando à utilização da mais *coerente*. Segundo Klaus Günther, dois são os critérios de coerência:

- I. Uma norma (Nx) será adequada na situação (Sx) se ela for compatível com todas as outras variantes (NBn) de significado aplicáveis em (Sx) e com todas as normas (Nn); e se a validade de cada uma das variantes de significado e de cada uma das normas puder ser justificada em um discurso de fundamentação. [...]
- II. Uma norma (Nx) é adequadamente aplicável em (Sx) se ela for compatível com todas as outras normas aplicáveis a (Sx) que fazem parte de um modo de vida (Lx) e passíveis de justificação em um discurso de

<sup>283</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 259.

<sup>284</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 190.

fundamentação (às variantes de significado poderão ser aplicados critérios correspondentes).<sup>285</sup>

Os critérios de Klaus Günther são desenhados para garantir que a investigação procedida quando da aplicação do discurso de aplicação garanta um uso *imparcial* dos conteúdos normativos e que a (potencial) utilização de todas as possibilidades normativas mantenha o jurista atento aos mandamentos de *coerência* aplicativa, enfraquecendo o princípio “U”, de cariz kantiano, no sentido forte.

Tal movimento não desgasta, nem questiona a validade das normas não utilizadas. O fato de terem sido consideradas, pelo contrário, já aceita como pressuposto de participação nos cálculos dos discursos de aplicação sua validade. E mais: “em argumentações de adequação se pressupõe e se reconhece como ‘dada’ apenas a validade moral das normas que estiver suspensa em discursos de fundamentação e que, por isso, pode ser contestada e relativizada a cada momento.”<sup>286</sup>

Mas, como bem explicitado em **Verdade e Consenso**, a questão-chave para separar os discursos se encerra na seguinte frase guntheriana:

[...] ao deduzirmos a versão forte de “U”, de novo operamos com uma condição idealizante, que, neste ponto, temos de abordar mais detalhadamente, ou seja, uma condição em que conseguiremos prever todas as situações nas quais a norma for aplicável. 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.

Da presente citação se extrai o *core* da questão: cisão discursiva é compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito? Cindir discursos de fundamentação e discursos de aplicação, no direito e na moral, está alinhavado com o projeto civilizatório desenhado no atual paradigma constitucional? Ou será que a *applicatio* gadameriana tem melhores condições de explicitar a compreensão e a aplicação, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo? Estes questionamentos apontam para a cisão discursiva como um problema diante da dimensão hermenêutica do direito.

---

<sup>285</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 355.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 356.

Com estes apontamentos realizados, o estudo lança-se para seu último subcapítulo, onde os problemas até aqui evidenciados colocam-se como teorias pareadas dentro de um contexto de Constitucionalismo Contemporâneo. Isso autoriza um contraponto hermenêutico ao teorema da cisão discursiva.

### 3.4 CONTRAPONTO: DE COMO CINDIR DISCURSOS PASSA A SER UM PROBLEMA HERMENÊUTICO

A compreensão do exposto no Capítulo 2, com a complementação do visto até então do Capítulo 3, permite lançar luzes sobre a questão discursiva a partir da hermenêutica filosófica. No presente caso, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, não para expor as divergências entre uma e outra teoria, o que já foi feito, sob certos focos, pode-se evidenciar como, de uma forma peculiar, a cisão discursiva habermasiana-guntheriana fica fragilizada.

Daí a necessidade, portanto, de fazer um reexame pontual das colocações de Habermas e Günther, especificamente sobre a cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, mas, desta vez, não sob um enfoque descritivo, mas, sim, crítico. Embora durante o texto tenham sido deixadas pistas acerca do problema hermenêutico, faz-se necessário um aporte mais focado.

É necessário apontar, já de início, que Habermas revela que possui entendimento acerca da hermenêutica de forma absolutamente diferente de Gadamer. Por evidente, Habermas faz um uso instrumental da hermenêutica, colocando peso naquela concepção antiga e romântica de hermenêutica como *arte da interpretação*. Isso ignora a profundidade do projeto gadameriano de uma hermenêutica como condição de possibilidade do ser.

Enquanto Gadamer aponta para a colocação do ser na linha histórica da tradição, para que o compreender assumira sua real forma de fusão de horizontes, Habermas<sup>287</sup> acredita que a hermenêutica sirva como um mecanismo de extração/ interpretação dos sentidos.

---

<sup>287</sup> Apesar do trecho não revelar expressamente a questão, ficam pistas em que Habermas instrumentaliza a hermenêutica, a ponto de torná-la desimportante nos contextos discursivos, salvo para dicotomizar o prisma de análise do sentido: “A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos

A crítica hermenêutica, portanto, parte desse desalinho, que evidencia uma série de consequências. Neste ponto, pode-se unir Jürgen Habermas e Klaus Günther, pois, embora o segundo afirme não abdicar da razão prática, como asseverado antes, seu manejo nos discursos acaba por conjugar ambos os autores em uma linha passível de ser conjugada. Isso porque o problema de colocar a razão prática no seio do discurso de aplicação é apostar na forma de uma metodologia criteriológica para que os problemas interpretativos se resolvam. Tudo se resume em um uso procedimental da linguagem, como se fosse possível *usá-la*, ou seja, “o mundo prático de que falam Heidegger e Gadamer não tem nada a ver com o princípio da adequação de que fala Günther, porque este o coloca como parte ou etapa ‘subsequente’ ou ‘conclusiva’ de um ‘procedimento interpretativo’.”<sup>288</sup>

Ademais, Günther aposta nas mesmas *condições ideais de fala* de Habermas, chamando-as de *condições ideais de argumentação*, de forma que os discursos anteriores – de fundamentação, portanto –, sejam produzidos mediante contextos comunicativos amplos, para evidenciar o bem comum discursivamente obtido pelos sujeitos de direito. Esses discursos, como vistos acima, são hipotéticos. Em uma frase: eles não levam em conta as situações reais da vida, do cotidiano, do que acontece aqui e agora. Então, essas condições ideais são abstrações necessárias para fundamentar algo que não existe. Daí o problema de uma fundamentação anterior: ela fundamenta algo que ainda não aconteceu e, possivelmente, sequer ocorrerá.

Essa problemática fica ainda mais latente com a questão circular da fundamentação. Como foi explorado no Capítulo 2, Günther e Habermas defendem que, no processo de aplicação da norma, faz-se uma adequação que exsurge do correto clareamento das riquezas da situação concreta. Paradoxalmente, a situação concreta, por meio dos critérios guntherianos, fará surgir as corretas características a serem levadas em conta quando da produção do discurso de fundamentação. Então, “se o sentido da norma dá-se no caso concreto, como é possível, a partir da distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, que o caso concreto se defina a partir

---

numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc.).” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 23).

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

da norma prefixada no discurso de fundamentação?”<sup>289</sup> Isso gera um problema de circularidade em que o fundamento da aplicação é a aplicação do fundamento. Assim, o princípio da adequabilidade surge em face do problema da (in)completude normativa do positivismo, que cobra da teoria da interpretação uma forma de desbordar essa impossibilidade de prever todos os casos de aplicação das normas<sup>290</sup>.

Ora, vários problemas aqui se apresentam que apontam para a insuficiência da tese de Günther, endossada por Habermas. O fato das leis somente ganharem normatividade nas “situações concretas” (se assim não fosse, diz Günther, teríamos uma “norma perfeita”) não decorre da impossibilidade de as leis não abarcarem todas as situações. Explicando melhor: segundo as teses dos dois jusfilósofos alemães, o juízo sobre a validade é juízo sobre a fundamentação da norma, que é universal e comandado pelo princípio U. Entretanto, esse juízo sobre a fundamentação jamais coincidirá com o juízo sobre a adequação (*Angemessenheit*), não em face da impossibilidade de uma norma abarcar todas as hipóteses de aplicação, como quer Günther, mas, sim, porque o juízo sobre a validade da norma sempre é um juízo antecipador, que se sabe limitado historicamente. Afinal, porque estamos limitados pela história efetual é que não possuímos o juízo completo sobre a norma, e não por causa da impossibilidade de uma norma “abarcar todas as suas hipóteses de aplicação”, como sustenta, equivocadamente, Günther.<sup>291</sup>

O que o trecho citado aponta é que não é possível discordar de Günther, pois é (auto)evidente que nunca se poderão prever todas as normas de um texto, ou melhor dizendo, que todas as hipóteses da vida real sejam devidamente normatizadas de forma que “a validade coincidiria com a adequação. Seria a norma perfeita, com a qual a objetividade conteria as hipóteses aplicativas.” Com o Prof. Lenio L. Streck, fica claro que a aposta de Habermas e Günther é justamente insistir nessa impossibilidade como fundamento da cisão discursiva. Ou melhor, a cisão decorre da impossibilidade de se prever tudo normativamente. Fica a questão: “por que então trabalhar hipoteticamente com uma abrangência que jamais pode acontecer?”<sup>292</sup> Neste sentido, a CHD posiciona-se pela inversão da “fórmula Günther”, a saber:

[...] não é porque não abrangemos todos os casos de aplicação de uma norma que se torna impossível fazer coincidir juízos de validade com os juízos de adequação, mas, sim, o fato de nunca podermos fazer coincidir os juízos sobre a validade com os juízos de adequação é que nos impede de

<sup>289</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

<sup>290</sup> Reiterando os conteúdos acima: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004, p. 65.

<sup>291</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 127-128.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 128.

abranger todos os casos de aplicação. Günther contenta-se com o menos, isto é, porque não conseguimos abranger todos os casos de aplicação, então não conseguimos fazer coincidir validade e adequação. Desse modo, Günther faz depender “validade e adequação” de uma impossibilidade objetiva de somar todos os elementos de adequação em um único saber, que é o projeto de todo pensamento lógico-dedutivo, isto é, ter o esquema pronto sobre o qual se subsumem todos os elementos da aplicação constantemente. Se isso fosse conseguido, poderia ser suprimida a diferença entre a validade e a adequação da norma, desde que houvesse essa coincidência objetiva da aplicação. Aliás, para corroborar, vale lembrar que é o próprio Günther quem diz que sua teoria da argumentação pretende completar a Teoria da Justificação Dedutiva (lógica).<sup>293</sup>

Então extrai-se que, da impossibilidade de fazer coincidir validade e adequação, o ser está inundado de facticidade, que não pode ser esquivada, ignorada. O mundo desenhado pela linguagem não cede espaços para algo acontecer “de fora”. Daí porque o ser, possibilitado pela linguagem, jamais conseguirá discursivamente explorar todas as possibilidades da norma, que se exprime em texto. Assim, a validade está inserida em uma contingência, cujo horizonte sempre acontece e desfalece, ou seja, “a validade não se sustenta por si, em face da historicidade. Ela não permanece no tempo. No ‘momento’ da aplicação, o horizonte da norma previamente justificada/fundamentada já se dissolveu.”<sup>294</sup>

Hermeneuticamente, portanto, não há uma coincidência entre validade e adequação justamente por esta brecha aberta, durante os horizontes de construção, concretização e desfazimento, das validades. E cada horizonte revela um possível acontecer, um lugar onde a aplicação pode se dar. Em outros termos, em um horizonte aberto pela validade, uma aplicação se faz possível, mas, no próximo, a validade já se desfigurou. Outra aplicação será necessária, logo, outra validade deverá ser fundamentada.

Nesse sentido, cada aplicação exige *a sua* fundamentação. Não é possível, portanto, fundamentar algo genericamente, como querem Habermas e Günther. A fundamentação, que produz a validade, precisa ser testada em cada hipótese de aplicação, e sempre que uma nova for apresentada, outro horizonte de validade se abrirá. Daí porque as nuances do caso concreto não podem mais ser alijadas pelo positivismo jurídico, que, por eras, deixou de cuidar da facticidade. Daí porque a CHD, de Lenio L. Streck, posiciona-se no sentido de que:

---

<sup>293</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 130-131.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 131.

Coincidir validade e faticidade faria com que pudéssemos eliminar a ideia de historicidade, porque faríamos coincidir o elemento da validade da norma, que está submetido à *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*. O juízo de adequação é um juízo singular, que se dá discursivamente, enquanto o juízo de validade dá-se num todo pré-compreensivo, antecipador. Por essa razão é que a cisão é incompatível com uma compreensão que se pretenda inserida no modo prático de ser no mundo.

[...]

É preciso ter claro que a introdução do mundo prático (da faticidade) produz consequências: é impossível, ao mesmo tempo, pretender trabalhar com verdades procedimentais (não conteudísticas) e verdades em que o modo prático de ser no mundo é o *locus* do acontecer do sentido. Trata-se de opções que não se dão ao acaso; são posições que obedecem à inserção em um determinado paradigma.<sup>295</sup>

Justamente esta *introdução do mundo prático* é que elimina esse tipo de teoria procedimental. Qualquer alusão às formas de um procedimento como possibilidade de fundamento prévio e genérico encerra justamente o que pretende fazer: não se fundamenta uma norma se seu sentido dá-se na consecução concreta da vida cotidiana.

Para concatenar e organizar estas linhas que encaminham à conclusão, veja-se um pequeno “abrir da clareira”, de forma a organizar alguns setores importantes do que foi abordado e trabalhado previamente.

Interpretação e aplicação não são momentos distintos. A justificativa de tal afirmação é hermenêutica: a única diferença entre ser e ente, entre fato e direito, entre interpretar e aplicar é ontológica. *Daí o giro linguístico-ontológico*. Assim:

Interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.<sup>296</sup>

O fato de existir um discurso de fundamentação/justificação prévio ressalta um evidente problema: sendo prévio, ele antevê o fato. Não há concretude fundante capaz de instruir o momento argumentativo formador dos conteúdos. *É um conceito sem coisa*, próprio da filosofia analítica. Ou seja, olvida-se que a compreensão tudo antecede, e pretende-se, solipsisticamente, tomar um *ponto de vista* (como se os pontos de vista fossem “ocupáveis”, ou a linguagem fosse manipulável).

---

<sup>295</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131-132.

<sup>296</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

Se o discurso de fundamentação é uma abstração (universalizada), então o discurso de aplicação é vazio de sentido (particularizado). Aliás, não haveria por que existir um discurso prévio, que se pretende democrático (nos termos de Habermas, *intersubjetivo*), se ele não vincula, mesmo que minimamente, o discurso posterior, aplicativo. Sendo assim:

[...] é como se o caso concreto existisse sem um sentido, que viria a ser acoplado por uma norma válida (construída previamente). No fundo, *a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a “coisas particulares”*.<sup>297</sup>

Acoplar universalizações a particularidades é manejar os sentidos. É como se a linguagem fosse objeto do sujeito que, querendo, a assujeita (e outros objetos) e “finge” produzir sentidos das coisas. Mas o sentido não é manejável. Texto não é meramente um enunciado linguístico, *é um evento*. A norma não é (mero) texto, mas um significado, um conteúdo normativo, que difere do texto ontologicamente. Perquirir sentido *é revirar o chão linguístico*, compreender a historicidade. Manejá-lo é solipsismo, é antidemocrático, é inconstitucional.

A cisão discursiva pretende a produção comunicativa e democrática dos discursos (prévios) de fundamentação/justificação, sustentada em um conceito dúbio: *condições ideais de fala*. Não se pode conceber tal ideia, da forma como é apresentada. Veja-se que não existe *grau zero na compreensão*<sup>298</sup>. Não há como os sujeitos de direito aglutinarem-se em momentos discursivos sem considerar todas as implicações sobre eles incidentes, oriundas da própria sociedade (frise-se: anteriores). Assim, a contingência estruturante da pré-compreensão é inescusável, inalienável, incontornável.

Como já dito, o discurso de fundamentação é prévio, logo não baseado em (algum) caso(s) concreto(s) (*mundo prático*). Da mesma forma, como também já referido, ele é baseado em pré-compreensões dos agentes. Ou seja, antes de se produzir o discurso de fundamentação/justificação, um particular (ou melhor, vários particulares) é coletivizado, mediante o agir comunicativo, para produzir consensos. Nesse sentido, algo fático é transportado, mesmo que indiretamente (e minimamente), para o discurso (abstrato) de fundamentação/justificação, pois quando

---

<sup>297</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 135.

tais elementos são abstrativizados pelo discurso, ele fundamentará discursos de aplicação (estes concretos). Daí o caráter contrafático: o retorno garante ao discurso um viés *a posteriori*, contrafático.

A própria existência de um discurso de fundamentação (prévio) é a declaração última da notoriedade de um *mundo de sem fim* (*que permite múltiplas respostas*). A matriz gadameriana não cinde os discursos, pois institui a compreensão, a interpretação e a aplicação como um só momento: a *applicatio*. Ao lado de noções como pré-compreensão, *Dasein*, círculo hermenêutico e diferença ontológica, a *applicatio* e todo o conjunto hermenêutico são mecanismos que não estão à disposição dos juristas, mas que os envolvem<sup>299</sup>.

Compreender o ser implica compreender a si mesmo. Logo, alguém que pretende conhecer algo (v.g. um juiz *em relação* ao caso concreto), precisa compreender tudo (desde o *como se decide*, passando pelo *por que se decide*, até o *que se decide*, sempre revolvendo o chão linguístico, desvelando o obscurecido, o que fica na penumbra), de forma ampla. Neste movimento, se compreenderá como parte da compreensão. Esse se-entender-como-participante-do-que-se-vê é crucial para o pensamento hermenêutico. E a cisão discursiva ataca justamente este postulado, pois quem maneja o discurso de aplicação não compreende o conteúdo democrático do discurso anterior (fundamentação/justificação), pois não é sua responsabilidade fundamentar. Essa visão demonstra um problema de entendimento acerca do que é *suspender suas pré-compreensões*, pois o julgador não se compreende. Dessa forma:

[...] a compreensão do ser em Heidegger no fundo nada mais é do que a compreensão do sentido ou do sentido do ser, isto é, a compreensão da totalidade não é mais a de um ser determinado. É a compreensão do ser enquanto compreensão do que é. Mas não do que é como objeto. Não podemos compreender nada sem compreender a totalidade. Enquanto compreendemos a totalidade, nos compreendemos. Nós temos o sentido da própria existência. Por isso diz Heidegger que o homem se compreende quando compreende o ser.<sup>300</sup>

Por todos, um apontamento precisa ficar claro: quando se percebe que não é possível uma *legalidade inconstitucional*, ao menos não neste momento histórico-

---

<sup>299</sup> O tema é aprofundado em: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, em especial o capítulo 12.

<sup>300</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 57.

institucional do Direito brasileiro, que o texto constitucional tem força normativa (Hesse), vinculando as atividades jurídico-políticas, que há um abismo entre um juiz considerado *la bouche de la loi* (objetivismo puro – amoral) e um juiz que aplica a lei em observância constitucional (nem objetivista, nem subjetivista – pois a compreensão constitucional é, à toda evidência, uma compreensão moral), que lutar contra o positivismo não é lutar contra a legalidade e, sim, contra a discricionariedade, que protagonismo judicial, em todas as suas formas, é um solavanco na carruagem constitucionalista; então uma coisa é certa.

Pois a compreensão apartada dos eventos discursivos (*Begründungsdiskurs* e *Anwendungsdiskurs*) esquiva-se da pretendida intersubjetividade, demonstrando-se incapaz de superar o esquema sujeito-objeto. Sob essa ótica, a cisão mantém-se presa no paradigma da filosofia da consciência, de cariz analítico.

De um modo geral, a discricionariedade ganha forças, não sucumbindo perante a alegação de que *aos tribunais cabe a função de garantir o procedimento*<sup>301</sup>, especialmente pelo caráter contrafático do discurso de fundamentação que, quando retorna para a concretude, perde-se na falta de amparo. Numa frase: “No ‘momento’ da aplicação, o horizonte da norma previamente justificada/fundamentada já se dissolveu.”<sup>302</sup>

Para encerrar o ponto e partir para linhas definitivamente conclusivas, utiliza-se o fechamento de Lenio L. Streck:

Numa palavra final: não há como negar que Günther e Habermas fazem uma distinção estrutural entre discursos de fundamentação/justificação e os discursos de aplicação. *Begründung* (d’onde a palavra *Begründungsdiskurs*) vem de *begründen*, que significa “dar as suas razões”, “motivar”, “fundamentar”. Dá-se as razões acerca de algo (parece impossível “dar razões” sobre abstrações). Tais “razões” existem para serem “empregadas”, isto é “aplicadas” (*Anwendung* quer dizer “empregar algo”, “aplicar”, d’onde a palavra *Anwendungsdiskurs*). Aplicação vem, então, de “emprego”, o que significa dizer que “emprega-se o que já está feito”. Veja-se, assim, o paradoxo: se não podemos eliminar a pré-compreensão (*Vorverständnis*), como é possível “empregar/aplicar” as

<sup>301</sup> Por diversas vezes, em **Direito e democracia**, Habermas ressalta que o dever dos tribunais é garantir o procedimento democrático. Em um trecho específico, sobre as limitações do Poder Judiciário, Habermas aduz: “A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 239).

<sup>302</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

“razões/motivações” que foram feitas antes da motivação do próprio ato de aplicar? Como é possível estabelecer fundamentações sem que se tenha ainda aquilo que é a condição de possibilidade dessa fundamentação? É possível gerar matéria a partir da forma? Arrazoa-se (dá-se as razões) sobre o quê? Não é a aplicação (o emprego de algo) que deveria gerar a respectiva motivação (arrazoar)? Por isso, os dois “discursos” propalados por Günther e Habermas constituem uma contradição, porque um tem a função de empregar/aplicar as razões que já estão dadas antecipadamente pelo outro. E isso constitui um dualismo, que elimina o círculo hermenêutico, que se sustenta exatamente na pré-compreensão (antecipação de sentido que se sustenta na tríade *Vorhabe, Vorsicht, Vorgriff*).<sup>303</sup>

Assim, encerram-se as abordagens da Crítica Hermenêutica do Direito, da Hermenêutica Filosófica e da corrente substancialista do direito, partindo-se para as considerações finais.

---

<sup>303</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um fechamento adequado precisa revisitar todas as etapas construídas, devidamente exploradas, e, após tal aventura, coligar as ideias de forma que tudo faça sentido.

Diante das colocações do Capítulo 1, fica evidente que o paradigma do constitucionalismo (ou seja, o Constitucionalismo Contemporâneo) exige um Estado Democrático de Direito mais comprometido com a substancialidade do texto maior. Isso implica em um paradigma concretizador, no que difere aos postulados predominantemente não conteudísticos de uma razão procedimental.

Expostas as colocações habermasianas e guntherianas e contrapostas diante da ontologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica heideggeriana e gadameriana, respectivamente, fica nítido avaliar a pertinência dos projetos. A pretensão de Habermas/Günther esbarra na incapacidade de desvencilhar-se adequadamente dos mecanismos procedimentais dualísticos. A hermenêutica filosófica, por outro lado, oferece importantes luzes sobre a questão, que vão desde já resumidas, como seguem:

(I) A inserção da razão prática, ou talvez o seu não abandono declarado por Klaus Günther, em verdade, não consegue impedir o escape da facticidade da vida do esquema procedimental-formal, de cunho não material. O mundo prático, como “pano de fundo não teorizado”, nesta ótica, não tem a ver com o modo prático de ser no mundo. Isso desemboca na alienação da facticidade. Isolar o caso concreto é algo impossível, desde o giro ontológico-linguístico, isso porque, se todo ser só é ser-no-mundo, e se o ser-no-mundo não é simplesmente a existência, mas, também, a compreensão deste ser em relação ao mundo, então as ocasiões, os fenômenos não podem, sob hipótese alguma, “sair do mundo”.

Em outras palavras, essa aposta na imparcialidade pensada no discurso de aplicação, que é capaz de erigir o que é importante em termos de caracteres, consequências e efeitos colaterais em cada situação concreta, não guarda relação com a facticidade do ser-no-mundo. O modo prático de ser no mundo coloca o sujeito não só no mundo, mas na linha do tempo, o que faz com que sua compreensão seja eivada de uma pré-compreensão, e esta é impossível de ser manipulada. A “imparcialidade” guntheriana, paradoxalmente, acaba sendo uma aposta (velada) na consciência do aplicador. Nesse sentido, ele não se aparta das teorias argumentativas, que apostam no papel corretivo da moral.

(II) Günther mantém a aposta em uma condição ideal de argumentação, ou seja, uma construção de validade pelo respeito às regras da universalidade. Tal qual Habermas, Günther pressupõe um preenchimento de requisitos para que o fundamento dê fundamento. É como se a validade decorresse dessa garantia (não garantida, por ser procedimental) de que certos contextos permitiriam um “recorte” da situação hipotética (como se norma moral pudesse ser pensada alheia a qualquer caso) e então se aplicasse a norma fora de um contingencial histórico. Essa opção resvala em uma aposta metafísica, que ainda crê na construção de sentidos pelos sujeitos, como se o sentido fosse manejável ou estivesse à disposição (*Ges-stel*) do intérprete-sujeito. Ignora, desse modo, as conquistas da filosofia da linguagem, no que tange à formação de sentido no caso concreto.

(III) Outro ponto que denota a aposta, mesmo que velada, na filosofia da consciência, é a busca de uma fundamentação prévia como condição de legitimidade do discurso posterior, de aplicação. Existe uma confiança na fundamentação da norma pela sua capacidade de universalização e sua adequação ao princípio “U”, isto é, em verdade, uma incapacidade de compreender que uma busca por fundamentação (no sentido de validade) não se faz mediante aceitação interpessoal, pois ela é anterior, numa antecipação de sentido limitada pela historicidade. O paradoxo, portanto, é incontornável: não é a impossibilidade de prever todas as situações reais – e normatizá-las – que implica na cisão discursiva, mas é a finitude da existência histórica do homem que faz sempre algo escapar da consciência, mas isso não implica a cisão, pelo contrário, demonstra o quão inútil é fazê-la. Eis a falibilidade da “fórmula Günther”. Com efeito, os horizontes do saber sempre aproximam validade e facticidade, para logo adiante se dissolverem. Sua coincidência encerraria a historicidade. Assim, a validade é antecipada, mas na pré-compreensão, que é conteudística e formadora de sentidos (não procedimental, portanto), e não em um discurso prévio de fundamentação, dependente de situações ideais de argumentação ou de fala.

(IV) Em suma, é possível apontar a contradição guntheriana: sem considerar a pré-compreensão, descreve a aplicação de algo inexistente. Parece não perceber que a fundamentação está sendo apontada sem nada para fundamentar. Considera a aplicação como “a aplicação do (já) fundamentado” – do mesmo modo como ocorre em Habermas - , quando, de efetivo, o que acontece é que a aplicação já é a (própria) fundamentação. É nesse particular, aliás, que tanto Günther como Habermas afastam-

se da estrutura da *applicatio* gadameriana, que combina interpretação, compreensão e aplicação em um só movimento, portanto para além de qualquer cisão.

Com tais apontamentos, verifica-se que a questão acerca da compatibilidade da cisão discursiva com o atual estado filosófico e, também, com o paradigma do Estado Democrático de Direito, fica respondida: a Crítica Hermenêutica do Direito expõe a fratura epistemológica do ato de cindir discursos. A partir da reviravolta linguístico-pragmática, não se pode retroceder epistemologicamente. Em uma frase: a dimensão hermenêutica do direito não pode ser ignorada, e se assim for, interpretar depende de uma compreensão anterior, que é a pré-compreensão.

Assim, se o Constitucionalismo Contemporâneo surge na brecha interpretativa deixada como legado pelos positivismos, não se pode conceber um enfrentamento adequado do problema enquanto houver apostas desatentas à diferença ontológica entre texto e norma, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, facticidade e validade. Neste ponto, a CHD faz uma importantíssima contribuição: além de defender as possibilidades do saber por meio da interpretação-como-reprodução (*Auslegung*), apresenta uma proposta interpretativa envidada a produzir os sentidos (*Sinngebung*) do direito a partir da intersubjetividade.

Ao encerrar as linhas conclusivas, é preciso ter a ciência de que o trabalho pretende produzir um horizonte de sentido apto a demonstrar a falibilidade da fórmula Günther, tornando tais postulados incompatíveis com uma realidade de concretização de direitos e garantias fundamentais. O projeto dirigente exige uma postura hermenêutica. Esse é o legado da Crítica Hermenêutica do Direito. Não se pode perder tal conquista de vista.

Estas conclusões resumem os conteúdos expostos ao longo da abordagem. Dessa forma, o trabalho chega ao final, mas com a proposta de abrir uma série de possibilidades para que, no interior do Constitucionalismo Contemporâneo, se trabalhem alguns dos diversos teoremas propostos para enfrentar a questão da interpretação.

Pretendeu-se, pois, lançar luzes apenas sobre duas teorias, mesmo que, dentro delas, apenas nas parcelas atinentes à questão dos discursos. A reflexão que deverá perpassar toda a teoria da interpretação e da decisão exige teorias desta natureza: firmes e bem conjecturadas. Só assim se solidificará. Caso, com a presente Dissertação, tenha-se conseguido chamar a atenção para tais possibilidades, seu resultado terá sido atingido.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Hilda Hutchinson Schild Silva. Revisão e introdução de Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teorias dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

APEL, Karl-Otto. **Semiótica filosófica**. Tradução de Julio de Zan, Ricardo Maliandi e Dorando J. Michelini. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *In*: **Revista Eletrônica Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 21, v. I (1998), p. 209-220. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf)>. Acesso em: 1.º maio 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Editora Saberes, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **Estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit (II)**. Le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: LP&M, 2008.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Eduardo Lucio Nogueira. 9. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. Revisão técnica de Alonso Reis Freire. Revisão da tradução e texto final de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o novo Dicionário da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, v. II, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. Introdução à edição brasileira de Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização**: sobre razão e religião. Organização e prefácio de Florian Schuller. Tradução de Alfred J. Keller. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebebeichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

\_\_\_\_\_. **O passado como futuro**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Entrevistado por Michael Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa, II**: Crítica de la razón funcionalista. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**: primeira parte. Introdução, tradução e comentários de Mary de Camargo Neves Lafer. 5. ed. São Paulo: Iluminuras, 2006.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. *In: Revista Lex*, Ano 2007. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *In: Novos estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, p.183-202.

MÉNDEZ, Juan E.; O’DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça: O não-Estado de Direito na América Latina**. Tradução de Ana Luiz Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canônica**. Tradução de Carlos Sierra. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito, Procedimento e Racionalidade. *In: MOREIRA, Luiz (org.). Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel de Claudio Molz. Revisão de Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel de Claudio Molz. Revisão de Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da onstituição dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. Revisão de tradução de Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Dr. Gildo Rios. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

PERTENCE, José Paulo Sepulveda. Projeto História Oral. **Ministério Público Federal**. Brasília, 2005. Entrevista concedida a Prof. Dr. José Walter Nunes em 25 março 2005. Disponível em: <[http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos\\_docs/jose%20paulo.pdf](http://cdij.pgr.mpf.gov.br/memorial/historia-oral/depoimentos_docs/jose%20paulo.pdf)>. Acesso em: 19 abr. 2011.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário, 2008. n.º 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

SANTAELLA, Lucia. **A Teoria geral dos signos**: como as linguagens significam as coisas. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. Tradução de Barbara Heliadora. Rio de Janeiro: Lacerda Ed., 2004.

SITO, Santiago Artur Berger; LISOWSKI, Carolina Salbego. Cidadania Procedimental: a idealização habermasiana no exercício legislativo. *In*: **Revista Estudos Legislativos**, Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: CORAG, ano 4, n. 4, p. 71-94, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

\_\_\_\_\_. **Pensar é pensar a diferença**: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.

\_\_\_\_\_. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz, BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Constituição e Hermenêutica em países periféricos. *In:* OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Constituição e Estado Social:** os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em *terrae brasilis*. *In:* STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Orgs.) **20 Anos de Constituição:** os Direitos Humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

\_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In:* **Revista Novos Estudos Jurídicos**, NEJ/Eletrônica, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *ontological turn*. **Estudos jurídicos**, v. 37, n. 101, set./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência.** Consultor Jurídico, publicado em 17 nov. 2011 (Internet). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lenio Streck escreve:** Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas). 10 mai. 2011 (Internet). Disponível em: <[http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck\\_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-a-decis%C3%A3o-do-stf-uni%C3%B5es-homoafetivas/144633118943293](http://www.facebook.com/home.php#!/notes/lenio-streck_oficial/lenio-streck-escreve-sobre-a-decis%C3%A3o-do-stf-uni%C3%B5es-homoafetivas/144633118943293)>. Acesso em: 18 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da pós-graduação acadêmica:** Notas sobre a inadequação do Mestrado Profissionalizante na área do Direito ou “das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental”. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/Texto%20Mestrado%20Profissionalizante%20-%20Lênio%20Streck%20-%20Jacinto%20Coutinho.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

TANIGUCHI, Masaharu. **Sutra sagrada (Kanro no Hou)**. 35. ed. São Paulo: Seicho-No-Ie do Brasil, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.